



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

HOMERO LAMARÃO NETO

**O LIBERALISMO IGUALITÁRIO COMO FUNDAMENTO DE DEMANDAS
INDIVIDUAIS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

BELÉM

2017

HOMERO LAMARÃO NETO

**O LIBERALISMO IGUALITÁRIO COMO FUNDAMENTO DE DEMANDAS
INDIVIDUAIS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Tese de doutoramento apresentada como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará.

Linha de pesquisa Direitos Humanos e Inclusão Social.

Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho.

BELÉM

2017

HOMERO LAMARÃO NETO

**O LIBERALISMO IGUALITÁRIO COMO FUNDAMENTO DE DEMANDAS
INDIVIDUAIS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos e Inclusão Social.

Data de aprovação: 24/11/2017.

BANCA EXAMINADORA

_____ - Orientador
Prof. José Claudio Monteiro de Brito Filho
Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC/SP)
Universidade Federal do Pará

_____ - Examinador(a)
Prof. Juliana Rodrigues Freitas
Doutora em Direito (UFPA/Università di Pisa – Itália)
Centro Universitário do Pará

_____ - Examinador(a)
Prof. Jean Carlos Dias
Doutor em Direito (UFPA)
Centro Universitário do Pará

_____ - Examinador(a)
Prof. Raimundo Wilson Gama Raiol
Doutor em Direito (UFPA)
Universidade Federal do Pará

_____ - Examinador(a)
Prof. Celso Antônio Coelho Vaz
Doutor em Études Politiques (École des Hautes Études em Sciences Sociales – Paris/França)
Universidade Federal do Pará

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L215I Lamarão Neto, Homero
O liberalismo igualitário como fundamento de demandas individuais na judicialização da
saúde / Homero Lamarão Neto. - 2017.
140 f.

Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD), Instituto de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

Orientação: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

1. Equidade. 2. Judiciário. 3. Liberalismo Igualitário. 4. Rawls. 5. Saúde. I. Brito Filho,
José Claudio Monteiro de , orient. II. Título

CDD 340.106

Aos meus pais, Jayme Nunes Lamarão (*in memoriam*) e Adelaide Gallo Lamarão, por todos os valores cultivados, incentivo e amor sempre dispensados, à minha esposa, Déborah e meu filho, Matheus, pela paciência, apoio e compreensão de tantas horas subtraídas da necessária convivência familiar, em busca de conhecimento e aperfeiçoamento.

AGRADECIMENTOS

A Deus, sempre.

Aos meus pais, Jayme Nunes Lamarão (*in memoriam*), e Adelaide Gallo Lamarão, por cada esforço, ensinamento, apoio e amor sempre dispensados ao longo de toda a minha trajetória acadêmica.

À Minha esposa, Déborah, e ao meu filho, Matheus, meus amores, pelo carinho e apoio nos momentos mais difíceis da minha vida, circundados pelo enfrentamento de um Acidente Vascular Cerebral (AVC) ocorrido em julho de 2014, ao longo do cumprimento dos créditos das disciplinas do curso, e tanto incentivo para que o doutorado fosse finalizado com êxito. Sem esse suporte, eu não conseguiria.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Claudio Monteiro de Brito Filho, por toda a atenção e cuidados dispensados ao longo da graduação, mestrado e doutorado, e orientação impecável nessa jornada, discutindo sempre minhas dúvidas como “um igual”, sempre com paciência e zelo inerentes aos verdadeiros mestres.

Ao Professor Jubilado da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda, por sua paciência em todos os momentos em que dialogamos sobre esse trabalho na Universidade de Lisboa, durante a pesquisa em Portugal.

Ao Professor André Meira, Presidente do Instituto Sílvio Meira, responsável direto pela possibilidade de realização da pesquisa na Universidade de Lisboa ao lado de tão renomado constitucionalista.

Ao professor e amigo Adelman Olivério, pelos momentos preciosos de debate nas aulas e corredores do PPGD e pelo apoio e ajuda nos momentos em que precisei me afastar para tratamento de saúde.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA), especialmente na pessoa de seu atual Presidente, Desembargador Ricardo Ferreira Nunes, pela confiança de que esse trabalho poderia ser realizado com qualidade, motivando minha indicação à coordenação do Comitê Executivo de Saúde em nosso Estado, que tanto ajudou na coleta de dados.

“Podemos rejeitar o argumento de que a organização das instituições é sempre deficiente, porque a distribuição dos talentos naturais e as contingências das circunstâncias sociais são injustas, e essa injustiça deve, inevitavelmente, transportar-se às instituições humanas. De tempos em tempos essa ponderação é apresentada como desculpa para ignorar a injustiça, como se recusar-se a aquiescer à injustiça fosse o mesmo que a incapacidade de aceitar a morte. A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que se nasça em determinada posição social. Isso são meros fatos naturais. Justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. As sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem dessas contingências a base adscritícia para o confinamento em classes sociais mais ou menos fechadas e privilegiadas (RAWLS, 2008, p. 122)”.

RESUMO

O presente estudo tem por escopo demonstrar a possibilidade de ajuizamento de ações individuais para postulação de prestações, como medicamentos, tratamento e insumos, para além das políticas públicas estabelecidas no âmbito do SUS, tendo o liberalismo igualitário como teoria da justiça adequada para respaldar esse entendimento em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, indicamos a teoria de John Rawls como suficiente para embasar essa ponderação. Acreditamos que a leitura da teoria de Rawls não deve ser lida exclusivamente com uma conotação individualista, mas especialmente no âmbito da proteção dos indivíduos na sociedade de cooperação, funcionando o SUS como uma das instituições mais importantes da estrutura básica da sociedade. Defendemos que o SUS deve ser aplicado não apenas pelo acesso igualitário, mas, sobretudo, equitativo, devendo ser enfrentado pela sociedade não apenas o financiamento do sistema de saúde, mas os problemas de gestão e de corrupção responsáveis por afetar nossas receitas. Destacamos as posições tomadas pela Suprema Corte no julgamento das ações individuais postulando prestações para além do SUS e os precedentes que estão sendo firmados para solução do fenômeno da judicialização da saúde. Também destacamos o papel do CNJ a partir do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, a fim de que os Tribunais de Justiça pudessem otimizar a gestão processual e a solução das lides.

PALAVRAS-CHAVE: Equidade. Judiciário. Liberalismo igualitário. Rawls. Saúde.

ABSTRACT

The purpose of this study is to demonstrate the possibility of filing individual actions for the postulation of benefits, such as medicines, treatment and supplies, in addition to the public policies established within SUS, with egalitarian liberalism as a theory of justice adequate to support this understanding in our legal system. To do so, we indicate John Rawls's theory as sufficient to support this consideration. We believe that the reading of Rawls's theory should not be read exclusively with an individualistic connotation, but especially with regard to the protection of individuals in the cooperative society, with the SUS functioning as one of the most important institutions of the basic structure of society. We argue that the SUS must be applied not only by equal but, above all, equitable access, and that society must face not only the financing of the health system, but also the management and corruption problems responsible for affecting our revenues. We highlight the positions taken by the Supreme Court in the judgment of individual actions postulating benefits beyond the SUS and the precedents that are being established to solve the phenomenon of health judicialization. We also highlight the role of the CNJ from the National Forum of Judiciary for Health, so that the Courts of Justice could optimize the procedural management and the solution of the cases.

KEYWORDS: Equity. Judiciary. Egalitarian Liberalism. Rawls. Health.

SOMMARIO

Questo studio ha lo scopo di dimostrare la possibilità di presentare un ricorso individuale alla postulazione di benefici, come i farmaci, il trattamento e forniture, in aggiunta alle politiche di cui il SUS, e il liberismo egualitario come una teoria di una corretta giustizia a sostegno di questa comprensione nel nostro ordinamento. Pertanto, indichiamo la teoria di John Rawls come sufficiente per sostenere questo peso. Noi crediamo che la lettura della teoria di Rawls non deve essere letto solo con una connotazione individualistica, ma soprattutto sotto la protezione degli individui nella società cooperativa, l'esecuzione del SUS come una delle istituzioni più importanti della struttura fondamentale della società. Noi sosteniamo che il SUS dovrebbe essere applicato non solo per la parità di accesso, ma soprattutto, equa, deve essere rivolto verso la società, non solo il finanziamento del sistema sanitario, ma i problemi di gestione e di corruzione responsabile per influenzare i nostri ricavi. Evidenziamo le posizioni assunte dalla Corte Suprema nel processo dei singoli titoli postulando benefici al di là del SUS e dei precedenti stanno costituendo per soluzione della legalizzazione del fenomeno salute. Si segnala inoltre il ruolo del CNJ dalla Magistratura Forum Nazionale per la Salute, ai tribunali di giustizia potrebbe ottimizzare la gestione dei processi e la risoluzione dei contenziosi.

PAROLE: Equità. Magistratura. Liberalismo Egualitario. Rawls. Salute.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASCO	Associação Brasileira de Saúde Coletiva.
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar.
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
AVC	Acidente Vascular Cerebral.
CIB	Comissão Intergestores Bipartite.
CIRADS	Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde.
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde.
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias.
CNJ	Conselho Nacional de Justiça.
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana (<i>Human Immunodeficiency Virus</i>).
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.
BEM	Medicina Baseada em Evidências.
MS	Ministério da Saúde.
OMS	Organização Mundial de Saúde.
ONU	Organização das Nações Unidas.
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada.
RE	Recurso Extraordinário.
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos.
SAD	Serviço de Atenção Domiciliar.

STA	Suspensão de Tutela Antecipada.
STF	Supremo Tribunal Federal.
SUS	Sistema Único de Saúde.
UPA	Unidades de Pronto Atendimento.
UTI	Unidade de Terapia Intensiva.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	CONCEPÇÕES TELEOLÓGICAS E DEONTOLÓGICAS DE JUSTIÇA: O LIBERALISMO IGUALITÁRIO ENQUANTO CONSTRUÇÃO REDIMENSIONADORA DO JUSTO	17
2.1	O UTILITARISMO CLÁSSICO DE BENTHAM E MILL	18
2.2	JUSTIÇA COMO EQUIDADE	24
2.2.1	A sequência de quatro estágios na estrutura de proteção social	38
2.2.2	A justiça como equidade proporciona proteção ou apenas compensação por desigualdades?	41
2.2.3	Sustentação kantiana do procedimento de Rawls	44
2.2.4	Proteção em bens individuais e coletivos	48
3	A IGUAL CONSIDERAÇÃO NA PERSPECTIVA DA VIRTUDE SOBERANA: O DEBATE ENTRE RONALD DWORKIN E AMARTYA SEN	51
3.1	A SENSIBILIDADE À RESPONSABILIDADE PELAS ESCOLHAS	52
3.2	IGUALDADE DE RECURSOS	55
3.3	VARIÁVEIS POLÍTICAS, PATERNALISMO E PROTEÇÃO ESTATAL .	59
3.4	IGUALDADE BASAL, LIBERDADE NA CONDIÇÃO DE AGENTE E CONTROLES ESTATAIS	61
3.5	LIBERDADE EFETIVA E CONTROLES	64
3.6	IGUAL CONSIDERAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	65
4	A SAÚDE PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	69
4.1	A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E A PREMISA DE IGUALDADE NA DISTRIBUIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	71
4.2	ESTADO SOCIAL DE DIREITO, CRISE E RESPEITO ÀS GARANTIAS DO INDIVÍDUO	76

4.3	PROBLEMAS POLÍTICOS E PROBLEMAS JURÍDICOS DA AFETAÇÃO JUSFUNDAMENTAL DA SAÚDE – O TITULAR DO DIREITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS	84
4.4	O DEBATE SOBRE O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE – O SISTEMA DA UNIVERSALIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PERMITE EXCLUSÃO?	91
5	JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	98
5.1	O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O FÓRUM NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE	99
5.2	CONTEXTUALIZAÇÃO DOS JULGADOS PARADIGMÁTICOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	108
5.3	OS LIMITES IMPOSTOS NO ÂMBITO DAS DECISÕES JUDICIAIS AO ALCANCE DO DIREITO À SAÚDE – MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS	118
5.4	AS NOVAS PERSPECTIVAS EM TORNO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	124
6	CONCLUSÃO	128
	REFERÊNCIAS	132

1 INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988 e a consequente positivação do direito à saúde enquanto direito fundamental social, a sociedade brasileira se deparou com uma substancial modificação no exercício de prestações advindas de políticas públicas no campo da saúde pública, sobejamente em relação à criação do Sistema Único de Saúde, o SUS, com acesso de caráter universal e igualitário, propiciando um intenso movimento de acionamento do Poder Judiciário para efetivar o cumprimento das prestações já garantidas em políticas públicas e outras não previstas pelo SUS, no intuito de se efetivar a plenitude da saúde enquanto direito fundamental.

O fenômeno da judicialização da saúde, atualmente, está centralizado em um debate de antagonismos em relação ao tratamento hermético da discussão do direito à saúde enquanto direito às prestações advindas das políticas públicas delineadas pelos entes integrantes do Sistema Único de Saúde ou como um direito fundamental, público e subjetivo, no qual o indivíduo poderia demandar os entes federativos integrantes do SUS à prestações para além das políticas públicas já previamente estabelecidas.

Nesse aspecto, ainda que o Supremo Tribunal Federal venha firmando entendimento consolidado no sentido de que a postulação de dispensação de medicamentos, tratamentos e insumos para além das políticas públicas do Sistema Único de Saúde é plenamente adequada na via individual, há caudalosa doutrina combatendo esse viés, sob o argumento de que a própria natureza do direito social ensejaria uma discussão apenas e tão somente na seara coletiva, como também, eventualmente, questionando a legitimação democrática de decisões judiciais que invadem as limitações orçamentárias definidas legalmente.

Percebemos que desde a realização das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal para subsidiar o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE esse debate passou a se direcionar de forma mais acentuada sobre as questões técnicas que devem balizar as decisões judiciais, como também houve uma dicção mais profunda da Suprema Corte acerca do que compõe o núcleo de liberdades do indivíduo.

Diante de um sistema de precedentes judiciais, a comunidade jurídica e a sociedade aguardam o deslinde de dois importantíssimos recursos extraordinários

com repercussão geral reconhecida, que balizarão o futuro desse debate no Brasil – o Recurso Extraordinário 566.471/RN (onde se discute a dispensação de medicamentos de alto custo, fora do âmbito do Sistema Único de Saúde) e o Recurso Extraordinário 657.718/MG (versando sobre a eventual dispensação de medicamentos sem registro na ANVISA).

Entendemos necessário de pronto ressaltar que a presente tese tem por elemento central a elevação desse debate para o campo da filosofia política, mais especificamente no âmbito das teorias da justiça, indicando que o liberalismo igualitário é uma posição adequada, pertinente e eloquente para respaldar o ajuizamento de ações individuais com o propósito de obtenção de medicamentos, tratamentos e insumos para além do que fora previsto em políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Conforme Vita (2002, p. 5), por liberalismo igualitário compreenda-se a posição normativa segundo a qual uma sociedade democrática justa é aquela comprometida com a garantia de direitos básicos iguais e uma parcela equitativa dos recursos sociais escassos – renda, riqueza e oportunidades educacionais e ocupacionais – a todos os seus cidadãos.

Compreendemos que o debate que norteia a resolução das questões atinentes à saúde pública deve ser travado nesse palco, inicialmente, não apenas porque há notória elevação dos argumentos que respaldam uma posição a favor do ajuizamento em caráter individual, enaltecendo-se, além da esfera da liberdade efetiva do indivíduo, o verdadeiro sentido de uma sociedade fraterna, justa e solidária, conforme nossa dicção constitucional, mas a própria abrangência da ideia de uma sociedade de cooperação na qual os critérios para tomada de decisões sobre a divisão equitativa de direitos e obrigações, apresenta-se bastante esclarecido.

É justamente nesse viés que o ordenamento jurídico pode e deve ser estudado, a fim de que as escolhas políticas e a função do Estado sejam plenamente evidentes, propiciando-se a otimização da interpretação constitucional a partir da aplicação da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, especialmente quando em risco as condições elementares para que o mesmo possa exercer sua liberdade para consagração dos planos racionais de uma via boa.

Assim, sustentamos nosso raciocínio em quatro capítulos para demonstração dessa plausibilidade.

Os capítulos 1 e 2 foram destinados ao estudo comparativo de autores expoentes no liberalismo igualitário, utilizando-se como justificativa para esse corte metodológico o aspecto do efetivo diálogo travado entre os três autores: John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen. Procuramos demonstrar de forma inequívoca que a teoria de John Rawls é suficiente para embasar o propósito dessa pesquisa.

Nesse diapasão, sustentamos de forma inequívoca que a leitura da teoria rawlsiana, ainda que rotineiramente destinada a evidenciar aspectos da individualidade, deve ser lida de forma bem mais ampla, a sustentar que os princípios de justiça são fincados com o propósito de assegurar garantias na estrutura básica da sociedade. Nesse viés, destacamos que o princípio da diferença deve ser interpretado para além da mera compensação.

Nosso raciocínio se baseia na projeção kantiana da sociedade de cooperação, na ideia de que indivíduos representativos não aceitariam acordos desprovidos de margem mínima de segurança e na perspectiva de que a leitura do que se considera acerca das principais instituições e da estrutura básica de como a sociedade deve albergar instituições como o Sistema Único de Saúde (SUS), pois atuam diretamente no conjunto dos bens primários e, por consequência, na execução dos planos racionais de vida do indivíduo.

Estabelecemos, nesses dois capítulos, as razões pelas quais refutamos a teoria da igualdade de recursos como sustentação de um sistema de seguridade social, como o estabelecido no Brasil a partir do Sistema Único de Saúde, indicando que as ideias preconizadas por Amartya Sen não são suficientes e resolutivas para embasar, enquanto uma teoria, o ajuizamento das ações individuais, na perspectiva de que não há elementos contundentes para delimitação do que se podem considerar “capacidades” para o indivíduo, não obstante sua doutrina possa ser tomada como reforço à teoria rawlsiana.

No capítulo 3 pretendemos delinear a criação do Sistema Único de Saúde e, a partir de seus princípios dirigentes, questionar a leitura do acesso meramente igualitário, com o intuito de focar na tônica da equidade, sempre pelo seu caráter universal, abordando-se a discussão da subsidiariedade no SUS, inclusive no âmbito dos julgamentos no Supremo Tribunal Federal. Aqui também abordaremos os esteios do Estado Social de Direito e as situações de crise, para enaltecer a garantia de efetividade do direito à saúde, com fortes indicativos de que nosso país precisa

enfrentar de forma mais transparente a discussão da gestão eficiente de resultados, os desvios de corrupção e as linhas orçamentárias que mantêm o sistema.

No capítulo 4 trataremos da judicialização da saúde em campo prático, indicando os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que estão balizando diversas questões relativas a esse fenômeno e o efetivo papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça na otimização de procedimentos adotados pelo Poder Judiciário para o enfrentamento da questão, como, por exemplo, a criação dos Comitês Executivos de Saúde, pautados pelo diálogo interinstitucional e no conceito de medicina baseada em evidências para colaborar de forma decisiva no controle da gestão processual e na própria resolução de casos. Por fim, analisaremos as novas perspectivas para a judicialização da saúde, a partir do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.

A matéria, portanto, apresenta-se complexa por envolver uma discussão aparentemente abstrata, no campo das teorias da justiça, e ao mesmo tempo essencialmente prática, na abordagem da judicialização da saúde.

A pesquisa, em essência, apresenta posições enfáticas na absoluta eloquência da possibilidade de ajuizamento de ações individuais no campo da saúde pública, respaldando-se seu bojo no que devemos interpretar como sociedade de cooperação, apresentando consonância com as decisões firmadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Fixamos nossas posições em torno da premissa de que a justiça como equidade jamais poderá ser considerada uma teoria exclusivamente individualista. As ponderações deduzidas em ambas as etapas do procedimento contratualista de Rawls deixam bastante evidente que nenhum indivíduo permanecerá à margem de direitos, privilegiando-se um sistema em que todos têm garantidas as condições mínimas para a execução do que consideram o ideal de uma vida boa. Em relação a esse último aspecto, a Suprema Corte tem assentado suas decisões.

2 CONCEPÇÕES TELEOLÓGICAS E DEONTOLÓGICAS DE JUSTIÇA: O LIBERALISMO IGUALITÁRIO ENQUANTO CONSTRUÇÃO REDIMENSIONADORA DO JUSTO

O estudo da teoria ética tem como eixo central a análise de dois pontos: as ideias de justo e bem. Rawls (2008, p. 29) adverte, então, que a estrutura dessa teoria é, assim, em grande parte definida pelo modo como define e interliga essas duas bases elementares, utilizando-se da seguinte conceituação para definir uma teoria teleológica:

Define-se o bem independentemente do justo e, então, define-se o justo como aquilo que eleva o bem ao máximo. Mais precisamente, justas são as instituições e os atos que, dentre as alternativas disponíveis, produzem o bem maior, ou pelo menos tanto bem quanto quaisquer outras instituições e atos acessíveis na forma de possibilidades reais - cláusula adicional necessária quando há mais de uma possibilidade de maximização (RAWLS, 2008, p. 29).

Por definir a ideia de bem de forma independente da ideia de justo, essa teoria teleológica proporciona não apenas uma explicação em nossos juízos ponderados de valor sobre o que efetivamente constitui o bem, ocasionando, dessa forma, uma visão de que o justo seria uma ampliação máxima do bem. Ademais, a ideia do bem é aferida de forma independente ao justo.

De antemão, deve ser frisado que as teorias teleológicas não indicam um consenso sobre a constituição efetiva do que seja o bem, razão pela qual, mantendo um rigor com a proposta do capítulo, permaneceremos centralizados na visão do utilitarismo clássico e como destacado por Rawls (2008, p. 31), identificando o bem com a ideia de desejos racionais dos indivíduos no contexto dessa concepção.

Se uma teoria teleológica permite descrever seu segundo elemento de formação (justo) a partir da potencialização do primeiro (bem), é possível observar que uma sociedade pode propiciar um projeto de poder em que um grupo determine regras de convivência, sob o argumento de priorizar o bem estar da maioria e tolerar que componentes da comunidade permaneçam à margem de direitos.

Isso pode ser claramente demonstrado a partir do momento em que se defende a visão de que a ideia de justiça será a visão ampliada de bem, e por que não dizer bem estar para a maioria? Se uma teoria ou concepção teleológica não traduz um

conceito de justo senão pela demarcação de seu elemento inicial, a princípio, condutas que estejam amparadas na satisfação de bem estar (no contexto de desejos racionais) são lógicas e, portanto, justas, independentemente de que uma parcela da sociedade não possa sequer ter acesso aos resultados desse ganho social.

As concepções deontológicas partem de um sentido inverso. O trabalho de John Rawls trilhou esse caminho desde a década de 50, com a publicação do artigo que futuramente serviu de base à obra “Uma teoria da Justiça”, publicada pela primeira vez em 1971. Seguramente uma das obras mais relevantes no campo da filosofia política do século passado, seu trabalho foi destinado a desconstituir a idealização de uma visão teleológica e o quanto uma sociedade está perniciosamente afetada por um conceito de justiça quando amparada por essa visão consequencialista.

Ao apresentar suas ponderações contra o utilitarismo, Rawls (2008, p. 5) procura demonstrar que as ideias de bem e justo devem ser fixadas de forma independente, mas assegurando que uma sociedade bem ordenada seja destinada não apenas para promoção do bem de seus membros, mas efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Cremos, contudo, que não seja esse o momento adequado de aprofundar esses conceitos. Deixaremos para os itens respectivos essa obrigação.

Momentaneamente, reputamos ser relevante fazer a distinção categórica entre as concepções e seguiremos de forma ordenada percorrendo sobre cada linha isoladamente.

2.1 O UTILITARISMO CLÁSSICO DE BENTHAM E MILL

As concepções liberais efusivamente difundidas no século XVIII propiciaram duas revoluções que modificaram o padrão jurídico e institucional do mundo ocidental: a revolução americana em 1776 e a revolução francesa em 1789¹. Com esses ideais, as formulações utilitárias também marcaram época, imprimindo um novo conceito sobre moralidade, agora despido de preceitos divinos ou abstratos.

O cenário de contestação da autoridade real como descendente do divino, a reclamação pela positivação constitucional dos direitos do homem, a submissão do

¹ Robsbawm (2010, p. 100) ao analisar as influências de ambas as revoluções para o ocidente destaca que a francesa foi mais proeminente e sua influência foi direta e universal, pois teria fornecido o padrão para todos os movimentos revolucionários subsequentes, suas lições tendo sido incorporadas ao socialismo e ao comunismo moderno, não obstante seja destacada a importância da revolução americana inclusive para o fornecimento de modelos constitucionais.

rei à carta e as novas discussões sobre a participação e interferência do Estado na economia permitiram um contexto fervoroso de questionamentos sobre ética e todas as suas questões adjacentes, sobretudo, a igualdade entre os homens.

Exatamente no mesmo ano da Revolução Francesa, Jeremy Bentham publicou “Os Princípios da Moral e da Legislação”, obra na qual disseminou a ideia do utilitarismo, não apenas como preceito de rediscussão da moralidade, mas também provocando questionamentos sobre reformas legislativas e institucionais na Inglaterra, especialmente em relação à matéria penal, a qual pretendia tornar mais eficiente, inclusive com propostas de terceirização de gerenciamento de presídios.

A visão de moralidade, doravante, iria se divorciar de qualquer justificativa metafísica, centralizando no próprio homem a essência da natureza dos conceitos de justo e bem, pelo menos na visão de Bentham, que sintetizou a base do utilitarismo na ideia de que o prazer é a única coisa boa, repelindo-se, portanto, a dor, como a única coisa má. Assim, a lógica seria maximizar o prazer e minimizar a dor (MILL, 2005, p. 10). A ideia de bem está diretamente ligada a de prazer.

Bentham não pondera entre a qualidade intrínseca daquilo que efetivamente proporciona o prazer ou do próprio conteúdo do prazer, aferindo o justo a partir do bem, ou melhor, da maximização do bem. Quanto maior for a quantidade de prazer que uma ação causar, plenamente respaldada na concepção de justo ela estará, independentemente da análise valorativa de ser essa conduta justificada por questões morais. A moral, como já frisado, será aferida no estágio do saldo quantitativo de prazer ou felicidade final, daí ajustar-se o utilitarismo clássico à noção de consequencialismo.

Rachels (2006, p. 92-93) sustenta que o utilitarismo foi proposto por David Hume, porém Jeremy Bentham e John Stuart Mill é que teriam propiciado as formulações definitivas do que se consagrou como uma intensa modificação do pensamento do ser humano no século XIX. Bentham defendia a existência de um único princípio moral fundamental, identificado como princípio da utilidade, balizador das condutas humanas. Por esse princípio, a aprovação ou desaprovação de qualquer conduta dependeria da quantidade de felicidade que se pudesse causar aos envolvidos. Assim, a moral seria constatada se uma conduta aumentasse a quantidade de felicidade.

A ideia do princípio da utilidade em Bentham pode ser sintetizada por essa passagem destacada por Rachels (2006, p. 93):

Por Princípio da Utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tende a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência que promove a referida felicidade ou se opõe a esta.

Ao refutar as críticas endereçadas a seu antecessor, Mill² (2005, p. 78) não se desvencilha absolutamente de preceitos divinos, na medida em que, ao tratar da sanção última do princípio da utilidade (capítulo 3), provoca uma subdivisão na ideia de sanção: o prisma da sanção interna e da sanção externa. Em relação à sanção externa, ao lado do receio de ver uma conduta reprovada por nossos semelhantes, deduz a incidência do receio da reprovação divina:

Essas sanções são ou internas ou externas. Das sanções externas não é necessário falar em pormenor. Elas são a esperança de aprovação e o receio de desagrado da parte dos nossos semelhantes ou da parte do Senhor do Universo, juntamente com o que possamos ter de empatia ou de afeição por eles, ou de amor por Ele e temor Dele, inclinando-nos a fazer a sua vontade sem consideração pelas consequências egoístas.

Propomo-nos, neste item, a tecer considerações em torno do que se considera chamar utilitarismo clássico, deixando ao lado da discussão qualquer outra vertente de refutação da linha de pensamento em questão. O propósito é não nos desviar do cerne do debate central do capítulo: as linhas que devem balizar o conceito de justiça em momento anterior ou posterior à ideia de bem.

Para essa finalidade não vislumbramos óbices em edificar o raciocínio tratando em conjunto as ponderações de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, fazendo necessariamente os registros que eventualmente sejam relevantes e imprescindíveis no que esses autores discordem, desde que, e somente se, não houver afastamento do propósito central do capítulo.

Mill (2005, p. 44-45) tem uma visão muito coesa e objetiva de como vislumbra a aplicação da utilidade nas condutas. Seu pensamento é bem delineado já nas linhas introdutórias da obra “Utilitarismo”, indispensável para compreensão de suas refutações às críticas lançadas à corrente teleológica:

² O pai de John Stuart Mill, James Mill, também foi discípulo de Bentham e impôs severos ritmos educacionais ao filho. Aos três anos já aprendia grego e aos oito já tinha lido Heródoto e vários diálogos de Platão. O contato com o pensamento de Bentham se deu aos quinze anos de idade, passando a defendê-lo a partir daí (MILL, 2005, p. 9).

Toda a acção visa um fim qualquer, e as regras da acção, parece natural supor, devem adquirir todo o seu carácter e orientação do fim ao qual estão subordinadas. Quando nos envolvemos numa busca, uma concepção clara e precisa daquilo que buscamos pareceria a primeira coisa de que precisamos, em vez de a última a procurar. Pensar-se-ia que um teste do correcto e do incorrecto tem de ser o meio de estabelecer o que é correcto ou incorrecto, e não uma consequência de o ter já estabelecido (MILL, 2005, p. 44-45).

Salienta que as questões sobre fins devem se pautar sobre as ponderações sobre que coisas são desejáveis e, assim, esclarece que a felicidade será sempre desejável como única coisa enquanto fim; todas as outras coisas são desejáveis apenas como meios para alcançar esse fim. Não por outra razão, ao submeter à prova o princípio da utilidade, Mill (2005, p. 94) sustenta:

(...) a felicidade é o único fim da acção humana, e a sua promoção o teste por meio do qual se avalia toda a conduta humana; de onde necessariamente se segue que tem de ser o critério da moralidade, uma vez que uma parte está incluída no todo.

Dessa linha restrita do utilitarismo a que nos propomos apreciar, é possível centralizar a tônica de valorização do hedonismo³, na qual a maximização deve ocorrer na medida em que são otimizados os prazeres do indivíduo, no que divergem Bentham e Mill (2005, p. 58), pois este último salienta a necessidade de se convergir para a maximização do que consideraria como prazeres mais elevados⁴.

Aí reside, talvez, um dos pontos de maior cisão entre os autores, provocando um afastamento natural entre as digressões iniciais do utilitarismo e as propostas de Mill, merecendo registro a ponderação de Sandel (2012, p. 64-66) no sentido de que a tentativa de Mill de reforçar a teoria utilitarista, na realidade, provocou um desvirtuamento da sua concepção básica quando, por exemplo, apela para valores morais além dos utilitários.

Nosso objetivo, entretanto, não é dissecar essa adequação, senão demonstrar como uma visão teleológica propicia o tratamento em relação aos direitos

³ A ideia de bem atrelada a prazer.

⁴ Mill (2005, p. 52) adverte para o fato de que os prazeres efêmeros não traduzem a essência da verdadeira felicidade. Defende como prazeres superiores os associados ao intelecto, às emoções, à imaginação e aos sentimentos morais, afirmando ser perfeitamente compatível (com o princípio da utilidade) reconhecer a proeminência de alguns tipos de prazer em detrimento de outros, denominando os primeiros como mais desejáveis e valiosos. Indica que seria mesmo absurdo avaliar os prazeres apenas sob o prisma quantitativo, na medida em que todas as outras coisas são consideradas em torno de sua qualidade, a par da quantidade.

fundamentais. A versão clássica do utilitarismo, então, apesar de pregar um sistema aleatório de igualdade, diversamente do padrão de justiça como equidade proposto por John Rawls, que trataremos nos próximos itens, concentra-se na ideia de uma justiça *a posteriori*, medida de forma absolutamente circunstancial, sugerindo que a satisfação da maioria no grupo poderá sufocar a liberdade de credo religioso de uma minoria, por exemplo.

Dois pontos são enaltecidos nessa teoria plenamente classificada como consequencialista: a) enquanto padrão de moralidade há uma preocupação com o bem estar das pessoas; b) é uma teoria que prega o igualitarismo e tal fator deve ser reconhecido como extremamente relevante para os padrões da época, pois garante a igualdade de condições para o exercício do cálculo (em busca da felicidade). Inquestionavelmente, essa circunstância foi um rompimento de paradigma nas estruturas sociais.

Sobre as inovações do pensamento utilitarista, Kymlicka (2006, p. 60) sustenta:

Argumentei que o utilitarismo poderia justificar o sacrifício dos membros fracos e impopulares da comunidade para o benefício da maioria. Contudo, o utilitarismo também foi usado para atacar os que detêm privilégios injustos à custa da maioria. Na verdade, o utilitarismo, como movimento político e filosófico consciente de si, surgiu como uma crítica radical da sociedade inglesa. Os utilitários originais eram “Radicais Filosóficos” que acreditavam em repensar completamente a sociedade inglesa, uma sociedade cujas práticas eles acreditavam não ser produto da razão, mas da superstição feudal. O utilitarismo, nesse tempo, era identificado com um programa político progressista e preocupado com reformas – a ampliação da democracia, a reforma penal, as provisões para o bem estar social etc.

Conforme Rachels (2006, p. 104), a versão clássica da teoria, porém, ganhou nova formatação com as formulações subsequentes de John Stuart Mill, com sua obra “O Utilitarismo”, de 1861, firmando-se três premissas para sua composição: a) a correção ou não de uma ação depende exclusivamente da virtude de suas consequências; b) a avaliação dessas consequências é feita exclusivamente pela quantidade de felicidade ou infelicidade proporcionada; c) a felicidade de cada pessoa tem um peso igual ou o mesmo valor para o cálculo utilitário.

Contudo, a despeito dessas tentativas de aperfeiçoamento, merece registro o fato de que o mesmo ponto de enaltecimento, o valor igual conferido às pessoas na determinação da maximização da felicidade, também gerou uma concentração

demasiada das críticas endereçadas ao utilitarismo, justamente pela inviabilidade de se aferir a pertinência de cada vontade diante de tão díspares circunstâncias.

Uma última observação é importante sobre os seus trabalhos com o utilitarismo e seu avanço no estudo da liberdade.

John Stuart Mill propiciou contribuições significativas ao liberalismo, especialmente no aspecto da análise da liberdade. Como frisado em linhas anteriores, o utilitarismo clássico recebeu forte influência das concepções liberais difundidas sobejamente nas revoluções do século XVIII e suas ponderações em “On Liberty”, de 1865, demonstram, categoricamente, essa força propulsora.

Sua concepção em torno da liberdade de consciência⁵ é a mais abrangente possível, possuindo o indivíduo total soberania sobre si próprio, não havendo base legal para interferência em sua individualidade ou em sua liberdade de opinião, exceto quando se verificar a hipótese de causar danos a terceiros, sendo esta última a única hipótese de controle da sociedade sobre a liberdade em questão do indivíduo (MILL, 2010, p. 49).

Ao prestigiar as máximas da consciência, diferença e da própria liberdade de associação, como referenciado por Paula (2007, p. 76), enunciando, assim, as bases de sustentação da liberdade total do indivíduo sobre si mesmo, John Stuart Mill não apenas rompeu um paradigma importante de pensamento, como preservou valores caros ao liberalismo, principalmente destacados por John Rawls ao mencionar a racionalidade dos indivíduos na escolha dos seus planos de vida e a importância do respeito e da neutralidade ética do estado diante dessas escolhas, bem como, e talvez de forma mais peculiar em Dworkin, ao anunciar o igual respeito e igual consideração como exigências imprescindíveis do estado na formação da estrutura de uma comunidade de princípios.

Não reputamos ser oportuno tecer ponderações sobre a adequação do pensamento de Mill em torno da liberdade na sua ótica utilitarista, sobretudo porque este não é propósito destacado do texto. Esse viés apenas desviaria o contorno da discussão e obrigaria, invariavelmente, a aprofundar mais ainda esse contexto, apresentando divergências teóricas entre as consistências do que se denominaria utilitarismo de regras e atos⁶.

⁵ Leia-se a liberdade aqui como liberdade civil ou social.

⁶ Na versão portuguesa de “Utilitarismo”, publicada em 2005, a tradução, prefácio e introdução da obra ficaram sob a responsabilidade de Pedro Madeira. De forma sucinta, na introdução sustenta que a

Compreendemos que as nuances do utilitarismo aqui destacadas por certo não são resolutas, porém fixam as características essenciais da teoria que são imprescindíveis para permitir a compreensão da construção do pensamento de John Rawls em “Uma teoria da justiça”. Destacamos ainda que ao abordar o tópico específico sobre a justiça como equidade, inevitavelmente as comparações com o utilitarismo virão à tona, propiciando a rediscussão de pontos aqui já apresentados.

2.2 JUSTIÇA COMO EQUIDADE

As teorias teleológicas são repelidas por Rawls na medida em que não pretendem sobrepor a concepção de justo à ideia de bem, proporcionando uma disposição social vinculada à potencialização subjetiva do que se caracterize como um bem estar agregado, pelo menos nas linhas clássicas do utilitarismo, o que tornaria maleável o parâmetro de justiça, bem como a impossibilidade de se assegurar um núcleo de liberdades consideradas imprescindíveis ao indivíduo para a persecução de suas concepções de um plano racional de vida boa.

Ambas as considerações são minuciosamente analisadas por Rawls sob a ótica de sua teoria de justiça como equidade, com o intuito de demonstrar que sua ponderação engloba uma concepção mais eloquente e persuasiva de justiça distributiva, amparada no estabelecimento de princípios de justiça que nortearão a estrutura básica da sociedade e, assim, as relações entre os indivíduos na concretização de seus planos racionais de vida, não se perdendo de vista a neutralidade ética que o Estado deve sempre dispensar nessas relações e as bases do auto-respeito num empreendimento mútuo de cooperação social – a sociedade.

O corte proporcionado por Rawls (2008, p. 27-39) no que denominou doutrina clássica do utilitarismo englobou basicamente as teses de Jeremy Bentham intitulada *The Principles of morals and legislation* – 1789 e o trabalho de Henry Sidgwick sob o título *The methods of ethics* – 1907 além de *Principles of political economy* – o Livro III, 1883) e dos economistas Edgeworth (*Mathematical psychics* – 1888) e Pigou (*The economics of welfare* – 1920). Em relação ao utilitarismo, poucas⁷ são as referências

diferença entre utilitaristas de atos e das regras consiste no fato de que, para os primeiros, um ato é correto se, e só se, maximiza a utilidade. Para os utilitaristas de regras, por sua vez, o ato seria correto se, e só se, o tipo de atos de que esse ato é espécie tende a maximizar a utilidade (MILL, 2005, p. 17).
⁷ Rawls (2008, p. 27), ao se reportar aos trabalhos exponenciais publicados no século XVIII sobre o utilitarismo, acrescenta o “texto” *Utilitarianism*, de Mill.

dedicadas a John Stuart Mill. Porém, como já salientado no item anterior, não foi considerado como circunstância comprometedora o estudo conjunto e comparativo entre as ideias de Bentham e Mill.

A justiça como equidade foi apresentada não apenas como proposta alternativa ao utilitarismo, então concepção dominante à época, como também ao intuicionismo, doutrina caracterizada pela existência de uma pluralidade de princípios norteadores de justiça, com plena aptidão a entrar em conflito entre si, bem como por não haver um método adequado para dirimir a escolha do princípio prevalecente nessa hipótese de conflito ou mesmo de estabelecer uma regra de prioridade entre eles.

No intuicionismo, na hipótese de conflito, somente seria possível avaliar os princípios de acordo com nossas intuições, até determinar qual deles se mostraria mais adequado em cada caso, motivo pelo qual a concepção geraria um grau de incertezas em que o resultado dessa avaliação, sem se prender a conceitos morais ajustados previamente, provocaria insegurança pela ausência na crença de prioridades.

Nesse sentido, Gargarella (2008, p. 03) sustenta que:

O intuicionismo não nos oferece uma boa orientação para distinguir intuições corretas de incorretas, nem nos esclarece muito como distinguir uma intuição de uma mera impressão ou palpite. De qualquer maneira – reconhece Rawls –, em nossas reflexões sobre a justiça não podemos almejar eliminar todo apelo a princípios intuitivos. Em todo caso, deveremos tentar recorrer a eles o mínimo possível.

A ausência de parâmetros principiológicos levou Kymlicka (2006, p. 64) a se reportar ao intuicionismo como “uma mixórdia incoerente de ideias e princípios”.

A essência da justiça como equidade se assentou numa concepção não teleológica; deontológica, portanto, na qual a análise de estar ou não um ato moralmente correto ficará adstrita às qualidades intrínsecas dessa ação (GARGARELLA, 2008, p. 03).

Para Rawls (2008, p. 04), a justiça assume proeminência, enquanto virtude primeira das instituições sociais e moldará, com seus princípios, um sistema no qual:

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 da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os 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.

A idealização da composição de sociedade em Rawls é de uma associação de pessoas que em geral reconhece certas normas de conduta como obrigatórias e na maior parte do tempo assim se comportam no âmbito de suas relações, o que demonstra claramente sua visão de sociedade como um empreendimento cooperativo, no qual essas pessoas visam o benefício mútuo. Apesar dessa conotação de que o agrupamento para o benefício em comum é expoente, a sociedade convive com o seguinte dilema: a) haveria uma identidade de interesses, na medida em que essa cooperação tornaria melhor a vida em conjunto do que se cada um dependesse unicamente dos seus próprios esforços; b) paralelamente, há conflito na sociedade, em razão de que ninguém se mantém indiferente à forma como são distribuídos os “benefícios” gerados pela sua participação, destacando-se que, naturalmente, cada um optaria por uma parcela maior desses “ganhos” (RAWLS, 2008, p. 05).

É justamente por intermédio dos princípios de justiça social que serão definidos e ajustados os critérios de organização para permitir essa divisão de vantagens na sociedade, buscando o necessário equilíbrio no grupo, motivo pelo qual Rawls (2008, p. 05) os definiu como um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definidores da distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.

Nesse raciocínio, a sociedade não seria bem ordenada apenas quando estivesse planejada para propiciar o bem dos seus membros, mas, sobretudo, quando efetivamente norteadada por uma concepção pública de justiça. Essa sociedade foi definida como aquela na qual:

(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios (RAWLS, 2008, p. 05).

O raciocínio desenvolvido é importante porque desde logo fica inequívoca a premissa de que o indivíduo tem consciência de que há um denominador comum na sociedade que funciona como baliza para seus propósitos, não permitindo que suas exigências consideradas excessivas diante da análise dos princípios de justiça, por

algum momento, ao serem repelidas, possam receber o rótulo de moralmente arbitrárias.

Daí podemos considerar que a concepção pública de justiça “constitui a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada” (RAWLS, 2008, p. 06). Contudo, é justamente a pluralidade das concepções de justiça que impede nas sociedades existentes esses arranjos sociais.

Partindo dessa pluralidade, Rawls (2008, p. 6) não apenas finca o tratamento diferenciado entre o conceito de justiça e de concepção de justiça, mas frisa claramente as bases primordiais para a compreensão futura do seu contratualismo hipotético, estabelecendo como primeiro parâmetro de instituição dos arranjos:

Quem defende concepções distintas de justiça pode, então, concordar que as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre pessoas na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, e quando as leis definem um equilíbrio apropriado entre as reivindicações das vantagens da vida social que sejam conflitantes entre si. Os homens concordam com essa descrição de instituições justas, contanto que as ideias de distinção arbitrária e de equilíbrio apropriado, que estão contidas no conceito de justiça, estejam abertas para que cada um as interprete segundo os princípios de justiça que aceita (RAWLS, 2008, p. 6).

Deve haver, portanto, consenso, entre as bases definidoras de direitos e deveres, assim como nas regras de distribuição dos benefícios obtidos pela cooperação social e essas circunstâncias, previamente ajustadas segundo uma concepção em que as pessoas livres e racionais estejam afetadas e se portem em conformidade para que o sistema de cooperação social tenha êxito.

Rawls (2008, p. 7) estabelece, ainda, um segundo parâmetro para a instituição dos arranjos, pois dirimir o conceito de justiça da concepção de justiça é importante para ajudar na identificação do papel dos princípios de justiça social, mas não soluciona o problema de perfeito funcionamento de um sistema. Assim, identifica como eixos necessários para esse funcionamento do sistema a coordenação, a eficiência e a estabilidade, sempre tangenciando as relações entre os indivíduos (na busca de seus planos racionais de vida) e as instituições sociais:

Algum grau de consenso nas concepções de justiça não é, porém, o único pré-requisito para a viabilidade de comunidades humanas. Há outros problemas sociais fundamentais, em especial os da coordenação, da eficiência e da estabilidade. Assim, é preciso que os planos dos indivíduos se encaixem uns nos outros para que suas atividades sejam compatíveis entre si e possam ser todas realizadas sem que as expectativas legítimas de cada

um sofram frustrações graves. Ademais, a realização desses planos deve levar à realização dos objetivos sociais de maneira que sejam eficientes e compatíveis com a justiça. E, por fim, o esquema de cooperação social deve ser estável: deve ser cumprido de maneira mais ou menos regular, com suas normas básicas cumpridas de forma voluntária. Quando ocorrerem infrações, devem existir forças estabilizadoras que evitem outras violações e que tendam a restaurar a ordem.

A conclusão categórica é de que a concepção de justiça não apenas tem o condão de especificar as parcelas de direitos, deveres e distribuições dos ganhos sociais da cooperação, mas a forma como efetivamente produz esse quadro tem uma influência inexorável nesses três eixos, permitindo-se sustentar que o papel distributivo de uma concepção não pode ser o único fator levado em consideração para avaliá-la.

Esse amálgama tem um papel salutar no projeto de constituição social, propiciando seu funcionamento em harmonia de cooperação, num sistema em que todos os indivíduos são protegidos e se sentem dessa forma, garantindo-se liberdade na realização de seus planos de vida.

Algumas das ideias já apresentadas necessitam, doravante, de uma explicação mais acentuada dentro dos limites desse texto, antes de ser analisada a interpretação da posição original que conduz ao resultado dos dois princípios de justiça.

Rawls (2008, p. 8) tem na estrutura básica da sociedade o objeto principal da justiça. Essa noção se revela pela forma como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais, assim como determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Sua visão das instituições sociais mais importantes é inicialmente delineada como a constituição política e os arranjos econômicos e sociais expoentes, aí catalogados, 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.

É bem ressaltada a diferença entre o seu conceito de justiça, definido pelo “papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais”, da concepção de justiça, que seria a “interpretação desse papel” (RAWLS, 2008, p. 12). É justamente no equilíbrio apropriado entre exigências conflitantes de uma concepção de justiça e a tarefa de como regular, exercer e obter esse equilíbrio que se diferem tais elementos.

Já estabelecidas as balizas mínimas necessárias para compreensão das bases da estrutura social na justiça como equidade, resta destacar com proeminência a ideia

de pessoas livres e racionais, mutuamente desinteressadas nos planos alheios (RAWLS, 2008, p. 14-16) para entendimento adequado da ilação a ser feita na posição original, “elemento” central da teoria para obtenção dos dois princípios da justiça.

Na realidade, a tônica da igualdade nessa estrutura rawlsiana não se limita apenas à racionalidade e à característica de indivíduos mutuamente desinteressados, ou seja, interessados apenas em seus planos de vida boa, como também: a) na ideia de pessoas que têm uma concepção do próprio bem; b) na ideia de pessoas que estão capacitadas a ter um senso de justiça (RAWLS, 2008, p. 23).

Deve-se destacar, também, que esses indivíduos buscam uma base de consolidação para os seus planos de vida, denominados por Rawls (2008, p. 75-76) “bens primários”, ou seja, “coisas que todo indivíduo racional presumivelmente quer”. Esses bens, indica, possuem utilidade independentemente de quais forem os planos de vida dos indivíduos. São catalogados de duas formas: a) os bens primários sociais: seriam os distribuídos pelas instituições sociais, como a renda e riqueza, as oportunidades, direitos e liberdades; b) os bens primários naturais: seriam os que não são distribuídos pelas instituições sociais, como a saúde, o vigor, a inteligência, talentos e a imaginação.

Em suma, as deliberações da posição original outorgarão princípios de justiça, assinalando-se a parcela de bens primários aos indivíduos para que possam, assim, buscar a realização de seus planos racionais de vida. Essa seria uma das motivações racionais dos indivíduos em seu contratualismo hipotético.

Uma segunda observação. Na hipótese de incerteza sobre as escolhas a serem realizadas na posição original, ou seja, em caso de dúvidas sobre a escolha de uma determinada concepção de justiça, a racionalidade indicada é a aplicação da regra *maximin*, segundo a qual Rawls (2008, p. 101) entende que, nesses momentos de dúvida, deve ser eleita a alternativa cujo resultado apresentado estiver hierarquicamente superior dentre as hipóteses de pior resultado.

Como esclarece Gargarella (2008, p. 23):

A mencionada regra afirma que, nesses momentos de incerteza, devem ser hierarquizadas as diferentes alternativas de acordo com seus piores resultados possíveis. Nesse sentido, deverá ser adotada a alternativa cujo pior resultado for superior ao pior resultado dos resultados das outras alternativas.

Nas linhas sustentadas por Pogge (2007, p. 68), um dos expoentes comentadores de John Rawls, eis a síntese da regra *maximin*:

According to this proposal, distributional profiles are compared by reference to their respective worst-off members. The just social order we should aim for is the one that would engender the highest floor or highest minimum (maximum minimorum, in Latin): the social order under which the worst-off participant is better off than the worst-off participant under any practicable alternative social order would be.

Estará, portanto, eleita, a hipótese que menor prejuízo apresentará dentre as verificadas.

Essas condições reunidas permitem as circunstâncias necessárias para que as deliberações ocorram na ilação apontada como posição original dentro do contratualismo hipotético de Rawls, utilizado com o objetivo de determinar princípios de justiça a partir de uma posição de igualdade (KYMLICKA, 2006, p. 77).

Compreender o cerne das deliberações na posição original exige averiguar que o contratualismo em Rawls (2008, p. 13) é apresentado com os contornos lockeanos, o que justifica uma idealização de igualdade nas discussões de seu objeto no aspecto da tomada de decisões, ao contrário de um modelo inspirado em Hobbes, no qual o poder de negociação das partes é determinante para o resultado último das deliberações. Nesse sentido, Gargarella (2008, p. 17) esclarece:

(...) pode-se dizer que os contratos do tipo hobbesiano não apreendem a natureza peculiar da moralidade. Parece evidente que os acordos desse último tipo vão depender da capacidade de negociação – da força – de cada um dos participantes do acordo: os mais fortes, os mais talentosos, os mais poderosos obterão mais vantagens, e os mais desfavorecidos são os que ficarão pior. Parece contra intuitivo, portanto, que os direitos fiquem sujeitos ao poder de negociação de cada um – que não possamos atribuir às pessoas direitos morais inerentes. Parece contra intuitivo, também, que o bom tratamento que se possa dispensar aos outros seja dependente da conveniência de cada um.

Reforçando esse raciocínio, Vita (1993, p. 23) destaca:

Por que é desejável que essa justificação seja antes de tudo (ainda que não exclusivamente) de natureza moral? O argumento negativo de Rawls é o de que, em certas circunstâncias não muito implausíveis, um *modus vivendi* pode não ser suficiente para assegurar a unidade social e a estabilidade de uma democracia constitucional. Se a adesão das partes relevantes é primariamente instrumental, isto é, se tal adesão se fundamenta na avaliação de que nenhuma delas tem suficiente força política para impor seus fins últimos às demais e que, por isso mesmo, a tolerância mútua é a opção

second best, não é impossível que circunstâncias novas levem uma ou mais partes a alterar essa avaliação.

A exigibilidade das deliberações obtidas tem um sentido de universalização e não apenas de verticalização ao Estado, como garantia do indivíduo em suas liberdades para execução de seu plano racional de vida e, também, aos demais indivíduos, nas relações mantidas entre si, mas, principalmente, assumindo, uma conotação especial de que os arranjos sociais poderão ser testados e comprovados para fins de demonstração de que estarão aptos para respaldar a escolha de indivíduos morais iguais que tutelaram a mesma importância no destino de cada um.

Percebe-se, portanto, que essa igualdade imanente no contratualismo hipotético de Rawls, lockeana, frise-se mais uma vez, é racional e inexorável para demonstração de uma harmônica sociedade de cooperação, na qual os resultados dos princípios de justiça são obtidos por vias plenamente deliberativas⁸, sem o uso da força ou da influência do poder político.

A influência kantiana é sentida fortemente na operação, valorizando o sentido moral de respeito às concepções plurais nos planos de vida, propiciando uma inequívoca igualdade em seu raciocínio contratual hipotético.

Naturalmente, o contrato original não tem a finalidade ou condão de inaugurar determinado tipo de sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Ao revés, a essência é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituam o objeto do acordo original (RAWLS, 2008, p. 13).

Rawls (2008, p. 15) afirma que a posição original é o *status quo* apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos, na medida em que pressupõe que pessoas racionais escolheriam determinados princípios de justiça.

Para explicar o êxito na identificação da posição original, sustenta que o alcance equitativo deve pressupor: a) que ninguém seja favorecido ou desfavorecido pelo acaso ou pelas circunstâncias sociais na escolha dos princípios; b) o consenso geral de que deve ser impossível adaptar os princípios às circunstâncias de casos pessoais; c) a garantia de que determinadas inclinações e aspirações e concepções individuais do bem não tenham influência sobre os princípios adotados (RAWLS, 2008, p. 22).

⁸ Aí incidirá a influência do equilíbrio reflexivo, melhor explicado adiante.

É justamente na exclusão do conhecimento dessas contingências e circunstâncias de pessoalidade que se alcançaria o resultado equitativo. O denominado véu de ignorância inibiria as pessoas de conhecerem suas particularidades, predileções e tendências⁹, ajustando-se o debate a um viés de equilíbrio, na medida em que as pessoas nada saberiam sobre si mesmas, nem mesmo a que geração pertenceriam.

Através do véu de ignorância, pressupõe-se a igualdade entre os seres humanos enquanto pessoas morais, que possuem uma concepção do próprio bem e estão capacitadas a ter um senso de justiça.

Para indicar a plausibilidade das escolhas sobre os dois princípios de justiça, Rawls (2008, p. 114) sustenta que a estrutura básica da sociedade favorece alguns pontos de partida em detrimento de outros na divisão da cooperação social. São essas desigualdades que os princípios de justiça devem regular. Assim, ao escolhermos posições sociais relevantes, que serviriam de avaliadores do sistema, especificando o ponto de vista geral, concordaríamos com a ideia de que os dois princípios tentam atenuar a arbitrariedade do acaso natural e da sorte social.

Destaca que cada pessoa ocupa duas posições relevantes: a) a da “cidadania igual”, ou seja, o “cidadão representativo”; b) o seu lugar na distribuição de renda e riqueza. Ambas formam a ideia de “indivíduo representativo” (RAWLS, 2008, p. 114-115).

A posição da cidadania igual é definida pelos direitos e pelas liberdades exigidas pelo princípio de liberdade igual e pelo princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Na medida do possível, a estrutura básica deve ser avaliada por essa posição.

Rawls (2008, p. 116) define os menos favorecidos como os menos beneficiados, segundo cada um dos três tipos de contingências: a) pessoas cuja origem familiar e de classe são mais desfavorecidas que as de outras; b) cujos talentos naturais (quando desenvolvidos) não lhes possibilitam se dar tão bem; c) cuja sorte no decorrer da vida revela-se menos feliz.

Essa análise é feita num âmbito de “normalidade”, presumindo-se que todos têm necessidades físicas e capacidades psicológicas no âmbito da normalidade, de modo que questões de cuidados médicos especiais e de capacidade mental não se

⁹ Sequer a tendência a correr riscos, ao otimismo ou ao pessimismo (RAWLS, 2008, p. 166)

apresentam, advertindo-se para o fato de que o problema primordial da justiça se refere às relações entre aqueles que no curso normal das coisas são participantes plenos e ativos da sociedade, e direta ou indiretamente associados entre si durante toda a vida. Olhar por outro prisma poderia confundir nossa percepção moral (RAWLS, 2008, p. 116).

As posições sociais relevantes especificam, então, o ponto de vista geral do qual devem ser aplicados os dois princípios da justiça à estrutura básica. Desse modo, levam-se em conta os interesses de todos, pois todos são cidadãos iguais e têm seu lugar na distribuição de renda e riqueza ou no âmbito das características naturais fixas em que se baseiam as distinções.

Na construção de seu raciocínio, Rawls (2008, p. 119) adverte:

Ao escolhermos os supostos pontos de partida, obedecemos à ideia de mitigar as consequências do acaso natural e das circunstâncias sociais. Ninguém deve beneficiar-se dessas contingências, a não ser de maneiras que redundem no bem-estar dos outros

Feitas essas ponderações, são indicados os dois princípios de justiça, estabelecidos em ordem léxica (ou lexicográfica) de aplicação, com prioridade, portanto, do primeiro, em relação ao segundo.

Notoriamente, em virtude das razões já ponderadas sobre os bens primários e de sua função essencial na constituição dos planos racionais de vida dos indivíduos, fica assim estabelecido o primeiro princípio¹⁰:

Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas compatíveis com um sistema de liberdade similar para todos.

Em relação ao primeiro princípio, resta destacar que as liberdades mencionadas não devem ser confundidas com a amplitude que compreendemos na atualidade. O liberalismo de John Rawls restringe esse campo de liberdades à liberdade política (o direito de voto e a exercer cargo público) e a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual, que compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação, o direito à

¹⁰ É importante destacar a reformulação que o princípio sofre no decorrer da própria obra “Uma teoria da justiça”.

propriedade pessoal e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito.

Essas liberdades são iguais e, em razão da ordem léxica dos princípios, não podem ser limitadas, em sociedades que alcançaram um nível mínimo de desenvolvimento econômico¹¹, para obtenção de maiores vantagens econômicas ou sociais. Somente poderão ser moduladas ou limitadas quando entrarem em conflito entre si.

A partir do momento em que os indivíduos se respaldam contra uma eventual tentativa de supressão do núcleo de liberdades fundamentais, pois os princípios são enumerados em ordem léxica, são realizadas as deliberações sobre igualdade e diferença.

Decide-se, então, o segundo princípio¹²:

[...] as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2008, p. 100).

O princípio em questão revela não apenas a refutação de um sistema aleatório de igualdade, na medida em que tal circunstância resultaria na equiparação dos resultados decorrentes de esforços e talentos empregados de forma diferenciada, bem como que o desempenho de determinadas posições poderia gerar uma renda maior. Tais diferenças serão aceitas se, e somente se, houver garantia de uma equidade das oportunidades.

Brito Filho (2012, p. 143) se refere ao princípio da diferença como defesa da desigualdade controlada, por intermédio da qual é garantido que:

1) ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado licitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; 2) ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido.

¹¹ Nesse sentido, observe-se que os princípios decorrentes do contratualismo hipotético em Rawls são imprescindivelmente aplicados em sociedades bem organizadas, nas quais vigorem as circunstâncias da justiça. A característica das sociedades bem organizadas já foi frisada ao longo do texto, ressaltando-se que, nessas sociedades, predominarão as circunstâncias da justiça quando não houver extrema escassez nem abundância de bens, bem como onde as pessoas são mais ou menos iguais entre si, em relação às capacidades físicas e mentais, e, também, vulneráveis às agressões dos demais (GARGARELLA, 2008, p. 20).

¹² Importante ressaltar que a construção do 2º princípio também sofre modificação no capítulo V da obra, quando Rawls aborda as parcelas distributivas na sociedade.

A contextualização do pensamento de Rawls ainda reflete a necessidade de se compreender a aplicação dos dois princípios de justiça não apenas como um mínimo padrão para todos (de liberdade e igualdade), mas um mínimo adaptado às necessidades individuais.

Enquanto construção liberal, a justiça como equidade não seria tolerante com uma modulação das liberdades dispostas no primeiro princípio. Assegurar um lote igual ao maior sistema possível a todos significa que, ainda que numa feição mínima, esses direitos civis e políticos não poderiam ser subjugados, exceto quando em conflito direto com outros da mesma natureza. Podem ser citados como exemplos a legítima defesa, a interceptação telefônica judicialmente autorizada, o desforço imediato do direito civil e a suspensão dos direitos políticos.

Em Rawls (2008), essa modulação, ou um *standard*, ocorreria, sem maiores problemas, pela interpretação sistemática do princípio da diferença.

Que argumentos, então, poderiam ser apresentados para garantia desse padrão (*standard*) mínimo, que salvaguardaria qualidade de bem estar ao indivíduo, propiciando a atuação das estruturas básicas em direção à tutela do que pode ser considerado um mínimo adaptado às necessidades individuais?

Devemos interpretar a aplicação do princípio da diferença na justiça como equidade como uma taxa ou mera compensação aqueles que possuem condições privilegiadas na disputa pela concretização dos planos de vida? Ou, contrariamente, é possível atribuir ao princípio da diferença a condição de mola mestra que conduz a justiça como equidade à tutela eficaz de uma justiça distributiva, apta a proteger o indivíduo da existência em condições aquém do mínimo socialmente aceitável? Se a resposta for positiva à última indagação, qual seria esse mínimo?

Para responder a essas questões, antes, é necessário compreender como John Rawls interpreta o chamado mérito moral e, também, como os dois princípios de justiça são aplicados em ordem léxica à estrutura das instituições públicas.

Ao abordar a tendência à igualdade, Rawls (2008) destaca que as desigualdades de berço e de talentos naturais são imerecidas e exigem algum tipo de compensação. Por que razão? Porque não nos foi dado o direito de opção por nascer em um lar mais ou menos abastado, mais ou menos estruturado ou que nos proporcionasse vantagens ou desvantagens na corrida para concretização dos planos racionais de vida.

Se o indivíduo não tem o condão de escolher esses atributos e, portanto, não exerce contribuição direta para tal dotação, sua utilização desenfreada e sem qualquer tipo de modulação importaria em alterar um equilíbrio necessário na conflituosa busca pelos bens considerados escassos na sociedade, como a educação, por exemplo.

Por tal razão, Rawls (2008, p. 120) assim constrói seu raciocínio sobre o princípio da diferença:

O princípio postula que, para tratar a todos com igualdade, oferecer genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção aos possuidores de menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A ideia é reparar o viés das contingências na direção da igualdade. Na aplicação desse princípio, talvez se viessem a despendar mais recursos com a educação dos menos inteligentes, pelo menos durante certo período da vida, digamos, os primeiros anos da escola.

Essa transformação acaba por propiciar uma visão de que a distribuição dos talentos naturais seja um bem comum, de forma que aqueles já favorecidos pela natureza possam beneficiar-se de sua boa sorte, desde que essa utilização implique a melhoria da situação dos que estiverem em situação de desvantagem.

Negando uma vantagem imanente sobre esses bens, Rawls (2008, p. 121) preleciona:

Os naturalmente favorecidos não devem beneficiar-se apenas por serem mais talentosos, mas somente para cobrir os custos de educação e treinamento dos menos favorecidos e para que usem seus talentos de maneira que também ajudem os menos favorecidos. Ninguém merece sua maior capacidade natural nem um ponto de partida mais favorável na sociedade.

A proposta então apresentada não deve se confundir com um ideal de padronização da igualdade, como se o Estado pudesse migrar para um ambiente de igualdade absoluta entre os indivíduos. A tônica é admitir tais desigualdades, mas ajustar as instituições para que trabalhem no sentido de compensá-las no interesse primário daqueles que mais necessitam.

A arbitrariedade do lugar social seria, então, mitigada pela redistribuição de vantagens, permitindo que os menos afortunados também sejam tratados com a consideração necessária para que encontrem mecanismos eficazes para alcançar seus planos de vida.

Ao rejeitar a manutenção aleatória das vantagens imerecidas, Rawls (2008, p. 122) assevera:

Podemos rejeitar o argumento de que a organização das instituições é sempre deficiente, porque a distribuição dos talentos naturais e as contingências das circunstâncias sociais são injustas, e essa injustiça deve, inevitavelmente, transportar-se às instituições humanas. De tempos em tempos essa ponderação é apresentada como desculpa para ignorar a injustiça, como se recusar-se a aquiescer à injustiça fosse o mesmo que a incapacidade de aceitar a morte. A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que se nasça em determinada posição social. Isso são meros fatos naturais, Justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. As sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem dessas contingências a base adscritiva para o confinamento em classes sociais mais ou menos fechadas e privilegiadas.

Esse contexto prestigia uma valorização da solidariedade, na qual os menos afortunados podem observar que os arranjos institucionais permitem desigualdades. Porém, não é tolerado que a sorte do acaso possa decidir de forma irremediável a distribuição de parcelas vantajosas na sociedade.

A disposição da diferença implica em reconhecer que a todos será dada a oportunidade de concretizar seus planos de vida, estando a estrutura básica da sociedade orientada para tanto. Ainda que a loteria natural tenha sido mais benevolente com alguns, essa circunstância não será enraizada para inviabilizar que o indivíduo com menor condição possa, numa dimensão de cooperação, exercer sua autonomia em busca do bem traçado em seus planos.

Nas circunstâncias, entendemos que restou clara a proposta de solidariedade no princípio da diferença, que protege o indivíduo menos favorecido, não apenas compensando as chamadas vantagens imerecidas. Entretanto, com o intuito de demonstrar ser possível defender a estruturação de um arranjo social que permita um padrão mínimo de bem estar, é necessário analisar a disposição dos quatro estágios adequados na aplicação dos princípios de justiça.

2.2.1 A sequência de quatro estágios na estrutura de proteção social

A estruturação da teoria da justiça como equidade a partir da posição original e do véu de ignorância permite observar que a escolha dos princípios de justiça deve estar atrelada a um ideal de imparcialidade. Como exposto, a deliberação sobre quais

princípios devem regular o funcionamento da estrutura social encontra em indivíduos mutuamente desinteressados e racionais, que nada sabem sobre suas origens, posições e predileções, mas detentores de uma concepção pública de justiça, seu ponto de partida.

Contudo, a sequência de quatro estágios para aplicação dos dois princípios à estrutura social nos remete ao fato de que o véu de ignorância é retirado paulatinamente, na medida em que avançam na sequência desses estágios e não imediatamente após a escolha dos princípios.

Assim, após a adoção dos princípios da justiça na posição original, as partes formariam uma convenção constituinte: decidem acerca da justiça das formas políticas e escolhem uma constituição, elaborando um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais. O véu de ignorância, aqui, é parcialmente retirado, permitindo-se que as pessoas conheçam fatos genéricos sobre a sociedade.

Ou seja, ao findar esse 1º estágio na escolha da constituição justa, os indivíduos racionais e livres, mutuamente desinteressados, já conseguem identificar o nível de desenvolvimento econômico da sociedade, embora ainda não saibam seu efetivo lugar nas posições sociais, na medida em que, conforme mencionado, o véu de ignorância foi apenas parcialmente retirado.

No 2º estágio, a partir da constituição, os indivíduos deverão escolher dentre os arranjos procedimentais, os que tenham condições de gerar as ordenações processuais com maior probabilidade de conduzir a uma ordem legal justa e eficaz.

Para tanto, o véu de ignorância é mais uma vez encolhido, pois será necessário o conhecimento de convicções e também dos interesses aos quais os indivíduos estão inclinados. Porém, notoriamente, desconhecem-se os indivíduos específicos que eventualmente serão atingidos de uma forma mais ou menos direta por esse acervo legislativo.

Assim, a deliberação requer cuidados, pois “eu”, enquanto indivíduo representativo, não terei ideia do quanto serei atingido pelas escolhas e, certamente, não tendo conhecimento se “sou” extremamente inclinado às apostas, a tendência é buscar equilíbrio e proteção.

Rawls (2008, p. 242) assevera categoricamente que não há qualquer sistema de normas políticas capaz de garantir que uma legislação injusta será promulgada, isso porque o melhor sistema que se pode alcançar é o da justiça procedimental imperfeita.

O 3º estágio ocorre com a avaliação da justiça das leis e das políticas sociais. O legislador representativo que efetuará essa avaliação continua a não ter conhecimento de particularidades sobre si mesmo. O arcabouço legislativo deve atender não só aos princípios de justiça, mas a quaisquer limites impostos pela constituição. Observe-se que o 1º princípio atua como padrão principal da convenção constituinte, enquanto o 2º entra em ação no estágio da legislatura. Logo, a prioridade do primeiro princípio de justiça em relação ao segundo se expressa na prioridade da convenção constituinte em relação ao estágio legislativo.

A atuação do 2º princípio no estágio de legislatura implica a maximização das expectativas de longo prazo daqueles que estejam em situação menos favorecida, através de políticas sociais e econômicas. Os esforços devem canalizar o preenchimento de espaços vazios em relação às possibilidades de cumprimento dos planos de vida dos que não foram abastados na loteria natural.

Esse é um ponto extremamente importante para se decidir acerca da leitura da teoria da justiça de John Rawls. A sustentação de que o princípio da diferença apenas e tão somente proporciona uma compensação pelas vantagens imerecidas não é suficiente para explicar, por exemplo, que motivação os indivíduos teriam para celebrar um acordo no qual a ordenação do sistema legislativo não assegurasse um esquema de proteção adequado às necessidades do indivíduo. Nesse aspecto, é importante ressaltar que o véu da ignorância veda até mesmo a possibilidade de se conhecer a aptidão das pessoas às inclinações de apostas, o que permitiria assumir posições de risco nas deliberações da posição original.

Também não explica como esse reducionismo poderia afetar a racionalidade das partes na posição original e a racionalidade aqui tratada deve ser interpretada no mesmo sentido da autonomia kantiana do indivíduo. Deixaremos para o item específico uma análise mais pormenorizada desses dois fatores.

O 4º estágio reside na aplicação das normas a casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral. Aqui o véu de ignorância é totalmente retirado e, portanto, todos têm acesso a todas as informações sobre a estrutura social, suas posições e predileções.

Embora, como exposto no texto, as escolhas feitas no 2º estágio se direcionam aos arranjos procedimentais que tenham condições de gerar as ordenações processuais com maior probabilidade de conduzir a uma ordem legal justa e eficaz, não havendo qualquer sistema de normas políticas capaz de garantir que uma

legislação injusta será promulgada, isso porque o melhor sistema que se pode alcançar é o da justiça procedimental imperfeita, o 3º estágio ocorre com a avaliação da justiça das leis e das políticas sociais.

Nessa etapa, repita-se, o legislador representativo que efetuará essa avaliação continua a não ter conhecimento de particularidades sobre si mesmo. O arcabouço legislativo deve atender não só aos princípios de justiça, mas a quaisquer limites impostos pela constituição.

Há, portanto, um filtro de análise pautado no mesmo patamar de racionalidade das escolhas dos princípios de justiça, permitindo a fluidez da equidade pelo ordenamento e sua posterior interpretação e aplicação a partir do 4º estágio por administradores e juízes.

A outorga de proteção ao indivíduo pelo princípio da diferença é uma leitura inexorável e decorre diretamente de toda a construção do pensamento rawlsiano em torno do procedimento da justiça como equidade e, sobretudo, de como a racionalidade dos indivíduos livres e iguais terá um papel primordial na consecução das bases necessárias para a fixação dos bens primários imprescindíveis ao encadeamento de seus planos racionais de vida boa.

2.2.2 A justiça como equidade proporciona proteção ou apenas compensação por desigualdades?

Ao expor a constituição da posição original, Rawls menciona que as deliberações ali existentes são produzidas por indivíduos racionais e mutuamente desinteressados. Dizer-se que tais indivíduos são mutuamente desinteressados implica reconhecer que possuem planos racionais de vida e, que, portanto, têm interesse em sua própria concepção de bem, exatamente naquilo que atinge seus planos, não nos planos dos demais.

A racionalidade implica uma ponderação baseada em preceitos tais quais os imperativos categóricos. Como assevera Rawls (2008, p. 312), a escolha sobre os princípios de justiça é “objeto de escolha racional. Eles definem a lei moral que os homens podem racionalmente almejar para dirigir sua conduta numa comunidade ética”.

Se a autonomia para Kant advém do exercício de uma conduta movida por princípios que independem de sua condição social ou de seus dotes naturais, atrelada,

portanto, a imperativos categóricos, o resultado obtido pelo agir segundo um desinteresse mútuo, como proposto por Rawls, teria basicamente o mesmo significado.

Ou seja, se as escolhas prudenciais devem nortear um agir correto, e se tais escolhas refletem a essência da lei moral que rege a sociedade, não é possível admitir que tal racionalidade possibilite estabelecer um arranjo de cooperação social fraterno, no qual os menos afortunados não tenham qualquer garantia de proteção mínima.

Admitir que o princípio da diferença, adotado por indivíduos racionais e mutuamente desinteressados, possa meramente cumprir um papel de tarifação sem qualquer propósito de resguardo mínimo daqueles que estão em uma faixa de desvantagem significa admitir que as pessoas na posição original assumem riscos, o que, pela hipótese do véu de ignorância (não sabemos se gostamos ou não de correr riscos), é descartado.

Mantida a premissa de que há esse resguardo mínimo, afirmamos ainda que a tolerância às desigualdades econômicas e sociais do segundo princípio poderá atribuir um mínimo adaptado às necessidades individuais, desde que, e somente se, respeitada a ordem léxica em relação ao primeiro princípio, houver demonstração inequívoca de que a inobservância desse mínimo proporcione a supressão do exercício de suas liberdades.

A despeito de já ter sido frisado claramente que o procedimento legislativo não assegura que leis injustas possam ser promulgadas, na medida em que atrelado à justiça procedimental imperfeita, a passagem reflexiva do personagem Jean Valjean¹³ demonstra de forma exemplificativa o que a racionalidade não poderia permitir – ausência de proteção mínima para os mais necessitados, sobejamente dos que não foram agraciados pela loteria natural.

Num sistema montado para a cooperação social, em que a distribuição das parcelas imerecidas deve ser vista como o melhor para a vantagem social, os indivíduos ali participantes não fariam acordos acerca das regras de funcionamento desse sistema nas quais não houvesse um padrão mínimo de segurança, pois admitir

¹³ Jean Valjean, personagem de “Os miseráveis” (HUGO, 2002), durante o período de sua prisão, cumprindo pena nas Galés, produz intenso raciocínio reflexivo sobre a proporcionalidade entre o crime que praticou (roubo de um pão, além de fugas da prisão), as circunstâncias sociais que o levaram a praticar o ilícito e a pena aplicada (19 anos, incluindo as fugas), chegando à conclusão de que seu crime não foi maior do que o erro da sociedade, produzindo, assim, um cenário bem esclarecedor e prático do que seria a justiça procedimental imperfeita em Rawls.

essa supressão implica reconhecer inexoravelmente que em uma sociedade de graves desigualdades sociais e econômicas as liberdades garantidas no primeiro princípio poderão ser parcialmente inócuas.

Se o sistema de cooperação social busca constantemente seu fortalecimento e estabilidade através de uma concepção pública de justiça, os indivíduos efetivamente buscarão proteger suas vidas e seus planos não apenas com as liberdades imprescindíveis para execução desses planos, como também estabelecer, a partir dos quatro estágios de aplicação dos princípios de justiça, um padrão mínimo adaptado às necessidades individuais.

Por derradeiro, que influência o equilíbrio reflexivo poderia propiciar nessa leitura da teoria da justiça? Como proposto (RAWLS, 2008, p. 58), a justiça como equidade adota a tônica no sentido de que os princípios de justiça escolhidos na posição original são idênticos aos compatíveis com nossos juízos ponderados.

O equilíbrio reflexivo é caracterizado como um resultado de juízo ponderado no qual se chega após avaliar diversas concepções propostas, quer reconsiderando em todo ou em parte suas concepções iniciais, quer apegando-se às mesmas.

O resultado a que se chega, quando são fixados os dois princípios de justiça, é obtido através de equilíbrio reflexivo. O procedimento legislativo promovido nos quatro estágios de aplicação desses princípios à estrutura básica também atua em equilíbrio reflexivo, na medida em que o debate político de construção do sistema normativo atende aos interesses de toda a sociedade.

O liberalismo que envolve a justiça como equidade não tolera restrições às liberdades, ainda que maiores vantagens sociais e econômicas possam advir dessa operação. Já se frisou que as liberdades estabelecidas no primeiro princípio só podem sofrer mitigação entre si. Esse postulado léxico é inarredável.

Contudo, na deliberação do segundo princípio, em que o equilíbrio reflexivo atua para obter todos os resultados e consequências possíveis, a escolha *maximin*, ou seja, a escolha do melhor entre o pior dos arranjos possíveis, não permitiria a escolha de um arranjo que permitisse ao indivíduo viver sem proteção ou retaguarda.

A sustentação dessa proteção ocorre através da compensação em decorrência de vantagens imerecidas, vantagens essas que propiciam as desigualdades na busca pelos bens e pela satisfação dos planos racionais de vida.

E como operaria essa compensação? Garantindo algum pacote mínimo de recursos além dos já previamente estabelecidos no pacote das liberdades do primeiro

princípio? Sim. Um arranjo de sistema de cooperação social montado de forma a redistribuir compensações em razão de vantagens imerecidas deve ser direcionado para atender as necessidades mínimas adaptadas às necessidades individuais.

É importante ressaltar que a interpretação ampliada do princípio da diferença está em perfeita consonância com os propósitos delineados por Rawls ao indicar a posição original e o equilíbrio reflexivo como fatores necessários para se alcançar a justiça como equidade.

A leitura padrão de manter o princípio da diferença como mera compensação reduz a matriz de solidariedade da teoria, retirando-lhe força de coerência por não conseguir explicar de forma eloquente o que levaria indivíduos com uma concepção de justiça e a incerteza sobre suas posições sociais e econômicas a acatar um acordo que não garante, efetivamente, o pleno exercício de suas liberdades básicas.

A necessidade de uma releitura acurada da obra tem o propósito de demonstrar que a solidez do acordo também se respalda na eloquência de sua pertinência ética de gerar probabilidades de que a comunidade não permitiria que seus cidadãos menos afortunados pudessem sobreviver à margem do mínimo digno.

2.2.3 Sustentação kantiana do procedimento de Rawls

Ao abordar o que denomina “a interpretação kantiana da justiça como equidade”, Rawls (2008, p. 311-320) tenta identificar a aproximação e relação de sua teoria com o pensamento de Kant, bem como demonstrar sua teoria como um ponto alto da tradição contratualista alcançada com Rousseau e Kant.

Para tanto, destaca dois pontos fortes na teoria kantiana: a) a ideia de que os princípios morais são objeto de uma escolha racional; b) o fator de que os princípios morais escolhidos por pessoas racionais proporcionam legislações morais que devem ser acatadas em condições que caracterizem os homens como seres racionais e iguais. Em sua visão, a descrição da posição original se configura como uma tentativa de interpretar essa concepção (RAWLS, 2008, p. 311). Quais os argumentos deduzidos para tornar eloquente essa aproximação?

Rawls (2008, p. 311) não apenas sustenta que a ordem léxica dos princípios de justiça, privilegiando-se os direitos advindos do princípio de liberdade como ordenação primária, justifica-se na ideia de autonomia kantiana, como indica precisamente a

similitude de dois resultados operacionais de sua teoria com a projeção das concepções de Kant.

O primeiro desses resultados similares seria indicar, na posição original, o artifício do véu de ignorância – que permitiria a neutralização de interesses e disposições de caráter pessoal nas deliberações sobre os princípios de justiça – assemelhando-se à ideia de autonomia quando exige que, em sua conduta, o indivíduo aja como um ser puramente racional e livre.

Como já anteriormente destacado, a tônica da igualdade nessa estrutura rawlsiana não se limita apenas à racionalidade e à característica de indivíduos mutuamente desinteressados, ou seja, interessados apenas em seus próprios planos de vida boa, como também, na ideia de pessoas que têm uma concepção do próprio bem, assim como na perspectiva de pessoas que estão capacitadas a ter um senso de justiça.

Repita-se que esses indivíduos buscam uma base de consolidação para os seus planos de vida, conhecidos como bens primários, ou seja, as coisas que todo indivíduo racional presumivelmente quer. Em suma, as deliberações da posição original outorgarão princípios de justiça, assinalando-se a parcela de bens primários aos indivíduos para que possam, assim, buscar a realização de seus planos racionais de vida.

Em segundo lugar, sendo possível admitir que essa (a determinação de bens primários) seria uma motivação racional dos indivíduos no contratualismo hipotético rawlsiano, também seria possível admitir que os princípios de justiça tornam-se análogos aos imperativos categóricos de Kant, sustenta Rawls (2008, p. 314), na mesma interpretação de que esses imperativos são aplicados às pessoas em virtude de sua natureza racional, livre e igual.

O que se deve compreender basicamente como autonomia nesse sentido?

Kant (2014, p. 90), define a autonomia da vontade do indivíduo como princípio supremo da moralidade, atrelando-a ao que considera o reino dos fins, sempre implicando a racionalidade do indivíduo à predisposição de criação da legislação universal, aplicável a todos, portanto, o que leva o homem a se comportar como um ser livre e igual:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas de escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer, que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição [...] (KANT, 2014, p. 90).

A moralidade seria, dessa forma, a única condição apta a fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois sendo inerente à própria condição humana, tornaria o indivíduo um legislador racional no reino dos fins, compreendida como “a ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns” (KANT, 2014, p. 80).

Ao sustentar que no reino dos fins tudo possui um preço ou uma dignidade e que as coisas dotadas de preço podem ser substituídas, ao passo que a coisa acima de preço, sendo insubstituível, é dotada de dignidade, admite que somente o ser humano, no reino dos fins, é dotado de dignidade. Assim, conclui ser a autonomia o fundamento da dignidade da natureza humana, na medida em que, enquanto legislador do reino dos fins, com liberdade em relação às leis da natureza, sua obediência é vinculada às máximas que ele próprio se dá e que também se submete num contexto universal (KANT, 2014, p. 82-84).

E, justamente, esse contexto de dignidade inerente à natureza humana, que dita a máxima: “jamais trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas, sempre simultaneamente como fins em si mesmos” (KANT, 2014, p. 80).

Quando agimos de forma oposta, ou seja, contrariamente à lei interna universalmente garantida, estamos longe da autonomia. Praticamos um ato de heteronomia, porque somos instrumentos de uma vontade; não os seus autores. Como sustenta Sandel (2012, p. 142-143), quando agimos com heteronomia, agimos em função de uma finalidade externa e, assim, tornamo-nos instrumentos de desígnios externos, abdicando da finalidade em si mesma da lei interna universalmente aplicada, sendo justamente a autonomia a responsável por conferir à vida humana sua dignidade especial. Por tal motivo, quando o ser humano é instrumentalizado, acaba podendo ser usado em prol do bem estar geral, como preconiza o utilitarismo.

Não por outra razão, Rawls (2008, p. 313) assevera que “o véu da ignorância priva as pessoas que ocupam a posição original do conhecimento que as capacitaria a escolher princípios heterônomos”. Ao neutralizar circunstâncias pessoais, possibilita que as deliberações sobre os princípios de justiça ocorram de forma a alcançar a

justiça como equidade. Logo, a deliberação para chegar aos princípios ocorreria sob a égide da autonomia dos indivíduos racionais.

E o que sustentaria a similitude de compreensão dos princípios de justiça enquanto imperativos categóricos (distintivos dos imperativos hipotéticos)?

A distinção desses imperativos incide na compreensão de que moralidade consiste no agir em função de um dever, ou, como sustenta Kant (2014, p. 31), “Uma ação praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina”. Apenas a motivação do dever confere valor moral a uma ação (SANDEL, 2012, p. 149). Tudo que se pratica fora do âmbito do dever estaria regido por uma inclinação.

A ideia de liberdade em Kant necessita dos conceitos de autonomia e heteronomia já acima expostos. Agir com autonomia requer uma conduta em consonância com leis internas impostas pelo próprio indivíduo, capaz de outorgar a si mesmo essas leis advindas da razão, na medida em que o indivíduo, a par de sua capacidade de responder a situações vinculadas aos sentidos, também é dotado de racionalidade e é justamente a razão que dita a vontade, motivo pelo qual essa é preponderante em detrimento às eventuais inclinações.

Sobre o agir com autonomia e sua vinculação à razão, assim se manifesta Kant (2014, p. 50):

Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade. Como para derivar as ações das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, as ações de um tal ser, que são conhecidas como objectivamente necessárias, são também subjectivamente necessárias, isto é, a vontade é a faculdade de escolher só aquilo que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom.

A partir dessa ideia, realiza-se a distinção de como a razão comandaria a vontade. O imperativo categórico seria o agir pela razão, através de uma “lei prática”, enquanto o imperativo hipotético conduz a uma ação boa, contudo, revelada como um meio para atingir qualquer outra coisa. Utilizando, portanto, uma “razão instrumental”.

Quer sob a égide da universalização do princípio enquanto máxima quer pelo tratamento das pessoas como um fim em si mesmo, as duas possibilidades de formulação do imperativo categórico demonstram a franca possibilidade de derivação de todos os princípios do dever (KANT, 2014, p. 62).

O ponto central é a compreensão de que a aceitação desse imperativo categórico pressupõe a racionalidade, liberdade e igualdade do indivíduo, sendo a razão prática responsável pelo estado de aceitação do comando e sua execução, independentemente de desejos ou vontades externas.

Ao traçar a comparação do imperativo categórico com os princípios de justiça, Rawls (2008, p. 314) afirma:

A argumentação a favor dos dois princípios de justiça não presume que as partes tenham objetivos específicos, mas apenas que desejam certos bens primários. São coisas que é racional querer, seja lá o que mais se deseje. Assim, dada a natureza humana, desejá-los é parte de ser racional, e embora se presuma que cada qual tenha alguma concepção do bem, nada se sabe sobre seus objetivos últimos. A preferência por bens primários provém, portanto, apenas das suposições mais gerais sobre a racionalidade e sobre as condições da vida humana. Agir com base nos princípios de justiça é agir com base em imperativos categóricos, no sentido de que eles se aplicam a nós quaisquer que sejam os nossos objetivos específicos.

Enquanto, artifício procedimental hipotético, a posição original permite que as conclusões de Rawls se aproximem das ponderações de Kant. O véu da ignorância é um elemento imprescindível em sua teoria para introduzir um viés hermético, inviabilizando que as deliberações dos indivíduos fossem permeadas pelos contrastes do individualismo, o que gera uma base sólida para a compreensão de similitude da ideia de autonomia.

A motivação por consolidação de bens primários não arranha essa ponderação, na medida em que tal circunstância não se constitui como ato meramente individual, conforme já exposto no texto. Os indivíduos, além de desinteressados nos planos de vida de seus semelhantes, em uma concepção de justiça e de bem comum, propiciam que as circunstâncias ou condições imprescindíveis para a execução desses planos sejam concretizadas por intermédio justamente dos bens primários.

Os princípios de justiça, então, como resultado dessa operação, tornam-se imperativos, universalizados, aceitos por indivíduos com uma concepção pública de justiça, aptos, portanto, para permitir e influenciar a produção de um ordenamento, como já exposto no item sobre a sequência de quatro estágios.

No próximo item será tratada de forma mais direta a ampliação da visão de proteção do princípio da diferença aos bens coletivos, sem, contudo, adentrar nas questões terminológicas destinadas ao capítulo 3.

2.2.4 Proteção em bens individuais e coletivos

A teoria de John Rawls, isso é assente, não estipula claramente que o princípio da diferença consagra algo além da mera compensação aos indivíduos, tutelando um grau mínimo de proteção a bens primordiais para a própria execução de seus planos racionais de vida.

Essa leitura decorre de uma interpretação consentânea com a melhor adequação de sua teoria aos preceitos kantianos que subsidiam o contratualismo liberal rawlsiano, já ponderadamente discutidos e enfatizados nos itens anteriores.

A justiça como equidade, em decorrência de sua densidade, não raro, propicia interpretações dúbias, havendo situações de novas contextualizações dos propósitos teóricos ditados por Rawls. Assim, não é incomum que comentadores revisem posições diante de novos confrontos e experiências, como, por exemplo, a releitura indicada por Brito Filho (2014, p. 228), que propôs, inicialmente, um cenário de possível insuficiência dos bens primários para efeito de distribuição, passando a defender a teoria como apta a justificar a concessão de direitos fundamentais sociais em níveis adequados, desde que sob o enfoque de determinadas atualizações.

Apropriadamente, e em consonância com as linhas defendidas nesse texto, Brito Filho (2014, p. 229) sustenta a possibilidade de fruição dos direitos sociais sob o ponto de vista individual, destacando a saúde.

Não presumimos ser adequado adentrar na determinação das terminologias de direitos individuais e direitos sociais ou coletivos neste capítulo, sobretudo porque haverá oportunidade adequada para tanto. O capítulo III deste texto foi destinado para uma discussão dogmática e os capítulos antecessores foram elencados com o intuito de ministrarem os elementos necessários para a discussão no âmbito da filosofia analítica que possa respaldar essa futura sustentação – da fruição dos direitos sociais, especialmente a saúde, sob o aspecto individual, respaldando-se por intermédio de uma teoria como o liberalismo igualitário.

O que se mostra imperioso nesse momento é a fixação da premissa de que a justiça como equidade jamais poderá ser considerada uma teoria exclusivamente e essencialmente individualista. As ponderações deduzidas em ambas as etapas do procedimento contratualista de Rawls deixam bastante evidente que nenhum indivíduo permanecerá à margem de direitos, privilegiando-se um sistema em que

todos têm garantidas as condições mínimas para a execução do que consideram o ideal de uma vida boa, ou, como sustenta Brito Filho (2014, p. 234):

(...) Revelam, também, uma opção pelo indivíduo, ou, melhor dizendo, por todos os indivíduos, pois a concepção desenvolvida por Rawls não aceita que um ser humano sobrepuje outro, condenando ainda desigualdades que importem em prejuízos aos demais, ou, ao menos, aos que são menos favorecidos. Essa parte da concepção de Rawls, quero salientar, é de suma importância para a utilização, por mim, de sua teoria, pois não consigo conceber uma teoria de justiça que não leve em consideração cada um dos indivíduos, considerados, portanto, como seres únicos e detentores, somente pela sua condição de pessoas, de um mínimo de direitos.

Conforme já exposto, a igualdade essencial ao contratualismo hipotético de Rawls tem conotação lockeana. Frise-se, mais uma vez, portanto, é racional e inexorável para demonstração de uma harmônica sociedade de cooperação, na qual os resultados dos princípios de justiça são obtidos pelas vias plenamente deliberativas, sem o uso da força ou da influência do poder político.

Dessa forma, se a força da influência kantiana é inerente à operação, valorizando-se o sentido moral de respeito às concepções plurais nos planos de vida, propiciando uma inequívoca igualdade em seu raciocínio contratual hipotético, o que se espera do princípio da diferença, obedecendo-se o critério da racionalidade, é um nível básico de proteção social apto à tutela do indivíduo com o respaldo da fruição de direitos essenciais aos seus projetos racionais de vida boa, o que incluiria, por certo, aqueles direitos de conotação social, sob o ponto de vista individual, como a saúde.

A visão de compensação em Rawls, decorrente do princípio da diferença, apresenta-se necessária por partir de um pressuposto: vantagens consideradas imerecidas em razão da loteria natural. Sua teoria, nesse aspecto, sofreu críticas dentro do âmbito do próprio liberalismo igualitário, apesar de ser inegável o patamar exponencial dedicado à teoria da justiça como equidade em relação ao novo paradigma em que se assentou a ideia de justiça distributiva.

Sua linha de pensamento é um marco teórico incontornável das discussões sobre teoria da justiça. Ainda que se parta exclusivamente de críticas, como se verifica no libertarismo de Nozick (2011), seu fundamento é paradigmático.

No capítulo seguinte, apresentaremos as discussões travadas por outros dois autores expoentes do liberalismo igualitário, críticos da teoria de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen, que propiciaram a elevação dos debates em torno de pontos

nefrálgicos como loteria natural, determinismo, autodeterminação, como também o papel proeminente das políticas públicas e das variáveis políticas na execução dos planos racionais de vida dos indivíduos em busca da felicidade.

As ponderações integrantes do capítulo seguinte são essenciais para, compreendendo as ilações dos autores em questão, absorver a relevância do papel do Estado nas políticas públicas e nas variáveis políticas citadas por ambos na execução dos planos racionais de vida dos indivíduos em busca da felicidade, objetivando-se responder se é possível sustentar que a teoria da justiça como equidade também preconiza o mesmo viés de recomendação de variáveis políticas no quarto estágio da estrutura de proteção social, de forma homogênea a Rawls, Dworkin e Sen.

A questão primordial a analisar é justamente se o 4º estágio (da estrutura de proteção social) mencionado por Rawls – que reside na aplicação das normas a casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral, onde o véu de ignorância é totalmente retirado e, portanto, todos têm acesso a todas as informações sobre a estrutura social, suas posições e predileções – é suficiente para albergar as críticas apontadas por Amartya Sen, no sentido de que a centralização excessiva de uma discussão teórica em torno de bens primários deixa à margem do cenário mais relevante o próprio indivíduo com suas peculiaridades.

Ademais, objetiva-se analisar também as críticas apontadas por Ronald Dworkin, ao indicar que a justiça como equidade é uma teoria insensível à capacidade de autodeterminação do indivíduo. Observaremos até que ponto suas ponderações demonstram que as condições do indivíduo devem ser um alvo primordial de políticas estatais para que se torne viável a execução de um plano racional de vida.

3 A IGUAL CONSIDERAÇÃO NA PERSPECTIVA DA VIRTUDE SOBERANA: O DEBATE ENTRE RONALD DWORKIN E AMARTYA SEN

O presente capítulo tem a finalidade direta de submeter o pensamento de outros dois expoentes do liberalismo igualitário, Ronald Dworkin e Amartya Sen, ao objeto de nossa pesquisa: a perspectiva do liberalismo igualitário respaldando o ajuizamento de ações individuais para questionar prestações, medicamentos ou tratamentos, para além do que já previsto nos protocolos do sistema único de saúde.

A centralização da análise nos eixos Rawls, Dworkin e Sen, atende não apenas a uma questão didática de comparar autores que apresentaram fortes tendências em matéria de justiça distributiva no liberalismo¹⁴, mas de optar por um corte metodológico primordial entre pensadores que dialogaram entre si e permitiram a expansão de ponderações em torno de como o Estado deve se comportar diante da disputa por bens considerados escassos na sociedade, levando-se em conta o ideal de igual consideração.

Nesse diapasão, Gargarella (2008, p. 65) sustenta que as concepções defendidas por Rawls e Dworkin em torno da justiça são muito mais fortes que suas diferenças, destacando quatro ideias básicas sobre as quais uma concepção igualitária deve se apoiar (ênfaticadas por Dworkin, bem similares às defendidas por Rawls): a) o liberalismo igualitário deve distinguir entre a personalidade e as circunstâncias que cercam cada um; b) uma boa concepção igualitária deve rejeitar, como medida da igualdade, o bem estar ou a satisfação que cada indivíduo possa obter; c) o liberalismo igualitário insiste não só que a justiça deve ser uma questão de recursos, mas de recursos iguais; d) um Estado igualitário deve ser neutro em matéria de ética, não devendo proibir ou recompensar qualquer atividade privada com base em que alguma concepção ética é superior ou inferior às demais.

Dworkin (2014, p. 700) afirma que não procedem as críticas de Amartya Sen indicando falta de cunho prático nas ponderações de Rawls e do próprio Dworkin sobre como efetivar juízos comparativos no mundo real e imperfeito (em razão das ilações abstratas, em contratos imaginários, efetivadas pelos dois autores), pois os dois princípios de justiça de Rawls teriam sido feitos sob medida para juízos

¹⁴ Nesse sentido, devem ser destacadas as ponderações enfáticas de Fleischacker (2006, p. 169) em relação ao paradigma de Rawls para a compreensão da justiça distributiva.

comparativos reais, fato comprovado pela infinidade de textos escritos por filósofos, juristas, políticos, economistas e cientistas políticos aplicando a teoria de Rawls a controvérsias políticas concretas – como fazemos nessa pesquisa. Também chama a atenção ao fato de que Sen desconsiderou toda a discussão produzida no capítulo 3 de *Sovereign Virtue*¹⁵, bem como aos capítulos componentes da segunda parte dessa obra, destinados ao estudo prático da igualdade.

Então, para além da neutralidade ética do Estado coercitivo, da igual consideração que se deve dispensar ao indivíduo na busca por seus planos racionais de vida e da existência de mercados abertos na disputa por bens, estariam os três autores expoentes do liberalismo igualitário enfrentando de forma homogênea a questão da saúde pública, e mais longe, aceitam por uma visão uniforme que determinadas patologias clínicas afetam de forma tão intensa o indivíduo a ponto de limitar sua liberdade na busca e concretização de seus planos racionais de vida, mutilando suas capacidades? Estariam, assim, legitimados esses indivíduos a questionar as variáveis políticas, que norteiam a distribuição de prestações no campo da saúde pública, através de ações individuais?

Passaremos à análise de pontos primordiais no pensamento desses dois autores, utilizando a mesma didática do capítulo anterior, com o intuito de apresentar, dentre as teorias debatidas, a que mais se coaduna ao objeto dessa pesquisa. Iniciaremos pelo estudo de Ronald Dworkin.

3.1 A SENSIBILIDADE À RESPONSABILIDADE PELAS ESCOLHAS

Dworkin (2014, p. 539) assevera que um governo coercitivo só se legitima quando se esforça para demonstrar igual consideração pelos destinos de todos os governados, bem como pleno respeito pela responsabilidade pessoal que eles têm pelas próprias vidas. Essa sustentação existente em “A raposa e o porco-espinho:

¹⁵ O item VI do Capítulo 3 foi denominado “De volta ao mundo real”, traduzindo o pensamento de Dworkin no que seria a aplicação prática de suas ilações, preparando o leitor para a compreensão da “parte prática” de *Sovereign Virtue*, recordando-se que a obra “A virtude soberana” é dividida na análise teórica e prática da igualdade, revelada pelo igual respeito e consideração destinados pelo Estado a todos os indivíduos.

justiça e valor¹⁶ demonstra de forma inequívoca a reafirmação do pensamento do autor sobre o que deve ser compreendido como a constituição da virtude soberana.

Na introdução de “A virtude soberana: teoria e prática da igualdade”, Dworkin (2011, p. XV) já assentava esse posicionamento, sustentando que há dois princípios do individualismo ético essenciais a qualquer teoria liberal abrangente, a saber: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial.

O primeiro se destinaria a assegurar que toda vida humana deveria ser bem sucedida, em vez de desperdiçada, partindo de um ponto de vista objetivo. Nas relações do Estado com o indivíduo, cerne desse estudo, tornar-se-ia imprescindível que seus representantes promovessem políticas públicas norteadas por tal diretriz, assim alcançando a igual consideração.

O segundo princípio não se caracterizaria de forma metafísica, embora admitissem a biologia e a psicologia explicações causais convincentes sobre o motivo que levaria um indivíduo a viver como vive, recebendo, ainda, influência da cultura, da educação e das circunstâncias materiais (DWORKIN, 2011, p. XVI). Assevera-se, contudo que, diante de opções apresentadas, o indivíduo teria responsabilidade por suas escolhas.

Ambos os princípios estão atrelados a um ideal comum ao liberalismo, revelado pela neutralidade ética do Estado diante das escolhas dos indivíduos ao que considerariam a vida boa, o melhor plano de vida, a melhor escolha. Não há, portanto, invasão do Estado, no âmbito desse círculo de decisão ou de reflexão sobre o que consiste um plano ideal de vida, desde que tal plano não prejudique ou interfira nos direitos de outros ou viole as garantias asseguradas.

É justamente em decorrência desse raciocínio que se recusaria uma pretensa igualdade baseada em bem-estar. O Estado pautado em neutralidade ética não poderia estipular de forma unitária um projeto coletivo de vida boa, não apenas pela sua pluralidade de conceitos, mas sobejamente pela igual consideração que deve manter pelos indivíduos, muito menos usurpar a responsabilidade individual sobre as escolhas de seus projetos e as consequências que possam acarretar dessas opções, as quais são necessárias para regular o campo das desigualdades de esforços na sociedade.

¹⁶ Título dado à obra “*Justice for Hedgehogs*” na 1ª edição traduzida para o Português (Brasil) pela Editora Martins Fontes, em 2014, embora a Editora Almedina, em Portugal, já houvesse traduzido a obra com o título “Justiça para Ouriços”.

Oportunamente, quando tratarmos do esquema do leilão hipotético e do seguro para justificar a igualdade de recursos, voltaremos a justificar a opção pela compensação “*ex ante*” em detrimento à compensação “*ex post*” (no campo das desigualdades). Porém, meramente para efeito de ilustrar o pensamento de Dworkin sobre a imprescindível neutralidade ética nas escolhas, registramos a seguinte passagem:

(...) Se a comunidade buscasse assegurar que nosso destino não dependesse em absoluto dos resultados de nossas jogadas de investimento – se ela garantisse a igualdade de riqueza para todos nós, independentemente de as nossas escolhas de carreira acabarem se mostrando adequadas aos nossos gostos e talentos ou às condições de mercado -, ela mutilaria nossa responsabilidade por nossas escolhas(...) Se a comunidade devolver as pessoas a uma condição de igualdade de riquezas, independentemente de suas escolhas sobre trabalho e consumo, ela estará destruindo, não respeitando, essa dimensão da responsabilidade (DWORKIN, 2014, p. 549-550).

É, portanto, inerente ao indivíduo, e não ao Estado, a projeção de seu plano racional de vida, levando em conta, naturalmente, que suas escolhas afetarão as de todos na comunidade e isso implicará em eventual desigualdade no manejo dos recursos distribuídos, motivo pelo qual, a correção dessas desigualdades, quando verificadas pela órbita não natural das escolhas individualizadas, ou seja, pela incidência de outros fatores que não a escolha pessoal, deverá ser corrigida através de um sistema de redistribuição – tributação.

De antemão, entendemos prudente frisar que os recursos passíveis de distribuição no esquema de Dworkin são os impessoais¹⁷, pois os recursos pessoais, que dizem respeito às capacidades físicas e mentais do indivíduo, bem como a talentos individuais, estão absolutamente fora dessa disputa, através de transações econômicas (leilão hipotético), redistribuição por intermédio da tributação (operação justificada pelo leilão) ou quaisquer políticas públicas (DWORKIN, 2011, p. 99-102).

Apenas a título de ilustração, pois iremos oportunamente abordar esse traço comparativo, Sen (2012, p. 38) critica efusivamente não apenas a teoria da igualdade de recursos de Ronald Dworkin, como também a justiça como equidade de John Rawls, usando um raciocínio homogêneo para essa crítica: há uma preocupação excessiva com meios (recursos e bens primários) para alcançar um valor maior, que seria a liberdade efetiva, na medida em que os recursos e bens primários seriam, com

¹⁷ “A riqueza, medida de modo tão abstrato quanto possível” (DWORKIN, 2014, p. 543).

efeito, meios para esse valor e, nesse aspecto, sobre esses meios deveria incidir uma maior análise de critérios de diferenciação pessoal e, assim, individualizada, obtendo-se particularidades concretas caso a caso.

Por exemplo, a desnutrição e o estado de gravidez precoce poderiam afetar a decisão de uma pessoa na execução de seu plano de vida, que possui o mesmo pacote de recursos impessoais daquela que está bem nutrida e não se deparou com a gravidez precoce e pode concluir seus estudos em um ambiente mais propício ao desenvolvimento intelectual.

Dworkin (2014, p. 539) refuta essa crítica, imputando a Amartya Sen a estipulação de uma teoria limitada a proporcionar bem-estar, bem como a esvaziar a possibilidade de atuação governamental por intermédio de políticas públicas, tendo em vista que a estipulação de situações comparativas caso a caso, ou de verificação de métricas no contexto de uma diversidade sem fim, impossibilitaria ao Estado agir de forma adequada e otimizada, com o intuito de erradicar níveis indesejáveis de desigualdade através da compensação “*ex ante*”.

Partiremos, agora, da exposição mais didática do esquema proposto por Dworkin, do leilão até a justificativa do seguro hipotético e, em seguida, como o autor analisa a possibilidade de serem aplicadas as variáveis políticas na vida da comunidade, para equacionar desigualdades e compensá-las, *ex ante*, com o objetivo de permitir a consolidação de justas condições de igual consideração e respeito na corrida da execução dos planos de vida.

Posteriormente, abordaremos o esquema proposto por Amartya Sen no contexto da igualdade de capacidades, bem como sua visão de como o Estado pode e deve agir no contexto das políticas públicas para concretização da “extensão das liberdades”.

3.2 IGUALDADE DE RECURSOS

Para Dworkin (2011, p. 4), a igualdade de recursos se baseia em um sistema distributivo que trata as pessoas “como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos”.

Assim como Rawls, Dworkin centraliza sua teoria em um parâmetro essencialmente apegado ao liberalismo e, conseqüentemente, seu modelo de justiça

liberal depende necessariamente da existência de um modelo econômico liberal, leia-se, com a exigência de mercados abertos.

Suas ponderações mais incisivas e eloquentes ao modelo construído por Rawls não dizem respeito essencialmente ao contratualismo hipotético, mas essencialmente à forma como direcionados os princípios da justiça edificadas na posição original e à ordem léxica dos princípios de justiça. Como já frisado, apenas os recursos impessoais seriam passíveis de distribuição e redistribuição, pois se centralizam na riqueza dos indivíduos.

Há, em sua proposta, uma segunda revisão do modelo rawlsiano, pois compreende a justiça como equidade como uma proposta insensível às ambições dos indivíduos e sensível demais às ações pelas quais os mesmos deveriam ser responsabilizados nas escolhas dos caminhos utilizados para o projeto individual de vida.

Em linhas gerais, Dworkin (2011, p. 82-83) se propõe a estabelecer um modelo sensível à ambição das pessoas e justo na responsabilização pela escolha individual de ações (pautado, assim, na igual consideração e respeito). Para tanto, imagina um cenário de naufragos em uma ilha deserta, os quais decidem dividir os bens existentes no território. A partir de um leilão hipotético, os recursos da comunidade serão disponibilizados e todos participarão com conchas de marisco (definida naquele ato como a moeda necessária), fazendo seus lances pelos recursos que mais se adequarem aos projetos de vida que escolheram para si. Por se tratar de um sistema de distribuição, aceitam que ninguém possui direito prévio aos bens e que esses bens devem ser divididos igualmente entre todos, sendo essa divisão testada por meio de um teste de cobiça¹⁸.

Naturalmente, o leilão hipotético parte da ideia de que contingências pessoais não podem ser levadas em consideração¹⁹, cabendo uma ponderação posterior para abordar justamente o fator dessas desigualdades – o seguro. Assim, ao término do leilão, não haveria sentido em reclamações acerca da dotação de bens entre dois indivíduos, na medida em que a aquisição daquele recurso dependeria

¹⁸ “Nenhuma divisão de recursos será uma divisão igualitária se, depois de feita a divisão, qualquer imigrante preferir o quinhão de outrem a seu próprio quinhão” (DWORKIN, 2011, p. 81).

¹⁹ Para Dworkin (2011, p. 86), o leilão como mercado não é simplesmente um dispositivo *ad hoc* para resolver os problemas técnicos da igualdade de recursos, que surgem em exercícios bem simples como o caso da nossa ilha deserta. Na realidade, é uma forma institucionalizada do processo de descoberta e adaptação que está no núcleo da ética desse ideal. Assim, a igualdade de recursos supõe que os recursos dedicados à vida de cada pessoa devem ser iguais.

essencialmente do quanto fora dispendido no leilão e do quanto o adquirente efetivamente estava disposto a investir naquele recurso.

Havendo um resultado satisfatório no leilão, seria assegurado o tratamento com igual consideração e igual respeito, na medida em que o resultado do leilão revelaria o resultado das escolhas das pessoas e a consciência de que as escolhas feitas afetariam os desejos dos demais imigrantes.

A partir daí surge a proposta de realização do seguro, caracterizado por quanto cada indivíduo pagaria, dentro de sua cota de conchas, para se proteger de uma situação de revés (deficiência, saúde debilitada, talento, etc.), permitindo a disponibilidade de valor suficiente para enfrentar o leilão e manejar os recursos necessários ao cumprimento de seu projeto de vida.

Assim Gargarella (2008, p. 69) explica a necessidade do seguro:

Uma vez encerrado o leilão – satisfeito o “teste da inveja” -, garante-se às diferentes pessoas uma parcela adicional (e igual) de meios para a aquisição de bens, com a finalidade de que sejam utilizados para dois objetivos principais. Um, o de poder perseguir o plano de vida que cada um deles escolheu. O outro, prévio e mais importante, o de contratar seguros para enfrentar eventuais desvantagens futuras surgidas fundamentalmente a partir das diferentes capacidades com as quais as pessoas nascem dotadas.

Aí reside a crítica muito contundente de Sen (2012, p. 134-135), quando sustenta uma preocupação exacerbada de Rawls e Dworkin pelos bens primários e recursos, esclarecendo, como frisado, que referidas abstrações não levam em consideração que as circunstâncias pessoais de cada indivíduo podem fazer uma diferença substancial na capacidade de lidar com esses recursos, como, por exemplo, uma situação de baixo nível nutricional. Nesse sentido, Sen (2009, p. 345) adverte:

A riqueza não é algo que valorizemos por si mesmo, como também não será invariavelmente um bom indicador do tipo de vida que poderemos alcançar baseados na nossa própria riqueza. Uma pessoa com uma grave deficiência ou incapacidade não pode ser tida por mais avantajada só porque tem um rendimento ou uma riqueza maior do que o seu vizinho que é fisicamente apto. Na realidade, uma pessoa mais rica que sofra de uma deficiência ou incapacidade poderá estar sujeita a muitas limitações que a pessoa mais pobre, mas sem qualquer desvantagem física, já não terá de suportar. Ao ajuizar das vantagens que diferentes pessoas tenham, quando comparadas entre si, teremos de olhar para a totalidade das capacidades de que conseguem gozar. E, decerto, temos aqui um importante argumento a favor do emprego da perspectiva da capacidade em detrimento de uma outra que, centrando-se nos recursos, venha insistir no rendimento e na riqueza como base de avaliação.

Não é o momento ideal para refutar Amartya Sen. Momentaneamente, por questão didática, cremos ser prudente insistir na apresentação do esquema e deixar, para o momento das considerações finais deste trabalho, o raciocínio desse comparativo, pelo menos naquilo que se dirige o estudo.

O seguro hipotético é uma operação “fantasiosa”, justamente para especular a possibilidade de aferir, naquelas circunstâncias, o quanto os imigrantes estariam dispostos a “investir” em precauções contra a má sorte e, assim, coletar, através do sistema tributário, valores destinados à redistribuição da riqueza àqueles que necessitassem de serviços, bens ou dinheiro.

Em um campo prático de nossa sociedade, essa seria a idealização do financiamento e manutenção do seguro-saúde, seguro-desemprego e o seguro social dos aposentados, por exemplo (DWORKIN, 2014, p. 552).

Uma última questão se mostra importante, antes de passarmos adiante em nossa proposta. Como frisado, no momento do leilão, as contingências pessoais não são levadas em consideração.

Então, já se sabe que, por intermédio do seguro hipotético que propicia a criação de um sistema tributário, as pessoas necessitadas serão compensadas para que possam levar adiante seus planos de vida, essa compensação deve ocorrer “*ex ante*” e não “*ex post*”²⁰ por duas razões.

Primeiramente, porque uma indenização “*ex post*” nunca permitiria uma compensação plena. Por exemplo, no caso de uma deficiência física ela ficaria aquém de propiciar ao indivíduo a possibilidade de retornar à posição que antes ocupava.

Em segundo lugar, porém não menos importante, a compensação “*ex post*” afetaria o igual respeito, na medida em que, acaso a comunidade optasse por garantir que nosso destino não dependesse de nossas jogadas de investimento, estaria mutilando nossa responsabilidade por nossas escolhas.

A compensação “*ex ante*” tem um papel proeminente nessa teoria, pois possibilita centralizar no indivíduo um papel catalizador de responsabilidade. Funciona

²⁰ Reputamos importante frisar que as noções de indenização “*ex post*” e “*ex ante*” aqui tratadas são efusivamente melhor dissecadas em “A raposa e o porco-espinho: justiça e valor” do que em “A virtude soberana: teoria e prática da igualdade”. Na obra mais recente, Dworkin (2014, p. 547-551) explicita categoricamente as razões lógicas do que considera ser uma indenização *a priori* (*ex ante*) e *a posteriori* (*ex post*) no seu sistema de seguro hipotético: na operação metafórica, as indenizações funcionariam como prêmios pagos pelas seguradoras, decorrentes de eventuais vicissitudes enfrentadas pelos indivíduos na corrida da vida, em busca de seus planos, na medida em que nem todos se encontram no mesmo plano de igualdade.

como se o Estado restituísse um *status quo* de normalidade subtraído por uma situação de revés não intencional. A igual consideração, que exige o tratamento de condições equitativas na disputa a partir de planos de vida considerados válidos e desejáveis para todos, também exige essa compensação.

3.3 VARIÁVEIS POLÍTICAS, PATERNALISMO E PROTEÇÃO ESTATAL

Qualquer ação governamental afeta a comunidade. A noção de políticas públicas, no Brasil, por exemplo, deve ser lida por intermédio dos objetivos fundamentais previstos na Carta Federal de 1988 e, assim, todos os atos desencadeados pelo Estado devem ser norteados a partir daqueles objetivos fincados pelo legislador constituinte. Esse desiderato, inevitavelmente, afeta a vida das pessoas no campo político, econômico, social e jurídico. Consequentemente, será afetada a parcela de recursos de cada um e o êxito que se pretenda nos projetos pessoais de vida.

A teoria de Dworkin não é atrelada a uma visão de *laissez-faire*. A despeito de sustentar o igual respeito no intuito de conferir forte poder de responsabilidade pelas escolhas individuais, há plena noção de que não apenas o comportamento dos indivíduos revelado pelo esforço, trabalho e opção, pode gerar o sucesso nos planos de vida.

Defende claramente que outros fatores irão influenciar diretamente esse êxito final, que denomina variáveis econômicas pessoais e, ainda assim, sustenta que essas variáveis sofrerão, também, influência das variáveis políticas, senão veja-se:

Na realidade, tudo o que o governo de uma grande comunidade política faz ou deixa de fazer afeta os recursos de cada um dos seus cidadãos e o sucesso por eles alcançado. É claro que seus recursos e seu sucesso também dependem de muitas outras variáveis, entre as quais suas capacidades físicas e mentais, suas escolhas passadas, sua sorte, as atitudes dos outros em relação a eles e seu poder ou desejo de produzir o que os outros querem. Podemos dizer que estas são as variáveis econômicas pessoais. Mas os efeitos dessas variáveis pessoais sob os recursos e as oportunidades reais de cada cidadão dependerão também, em todos os casos, das variáveis políticas: das leis e dos programas de ação política adotados pelas comunidades em que ele vive ou trabalha.

O que Dworkin (2014, p. 540) demonstra é uma noção abrangente da Justiça Distributiva, pautado na essência do que, no Brasil, denominamos regra de solidariedade. O pensamento básico é no sentido de que o indivíduo tem agregado

um pacote de recursos após o leilão e o teste da cobiça garante um sistema equitativo da distribuição desses recursos pautando-se num sistema de escolhas, onde o indivíduo possui responsabilidade pelas suas opções, as quais são adotadas no contexto de seu plano de vida.

Partindo-se da premissa de que não somos todos dotados das mesmas capacidades, talentos, sorte, saúde e perspicácia, nos submetemos a um procedimento hipotético de seguro, justamente para aferir uma possível taxação de valores na sociedade, que permitiria a criação de um sistema tributário a fim de, entre outras finalidades, compensar “*ex ante*” os indivíduos na corrida por seus planos de vida, executando-se programas governamentais direcionados aos que, nessa corrida, sofressem com as intempéries das variáveis econômicas pessoais.

Há, indiscutivelmente, na proposta de Dworkin (2014, p. 540), uma regulação da participação do Estado na compensação de desigualdades, através das variáveis políticas. A passagem seguinte registra de forma inquestionável esse posicionamento:

As leis e programas de ação política de uma comunidade constituem o seu acordo político. É evidente que a legislação tributária é um elemento central do acordo político, mas todas as outras partes da legislação também pertencem a esse acordo: as políticas fiscal e monetária, as leis trabalhistas, as leis e programas ambientais, o planejamento urbano, a política externa, a política de assistência médica, a política de transporte, as regulamentações de alimentos e medicamentos e tudo o mais. Quando se modifica qualquer uma dessas leis ou programas de ação política, modifica-se também a distribuição da riqueza e das oportunidades na comunidade, dadas as mesmas escolhas, a mesma sorte, as mesmas capacidades e todas as outras variáveis pessoais de cada cidadão. Por isso, não podemos fugir ao desafio da igual consideração afirmando que os recursos do indivíduo dependem de suas escolhas, e não das escolhas do governo. Dependem de ambos.

Há, inquestionavelmente, uma ponderação incisiva sobre a influência de variáveis econômicas pessoais na afetação do que o indivíduo fará com seu pacote de recursos, bem como há, também, uma reflexão séria sobre como o Estado tem responsabilidade sobre o alcance exitoso desses planos racionais de vida.

Se por um lado, o liberalismo igualitário preconiza a neutralidade ética do Estado, justamente para garantir a diversidade de visões sobre a efetiva felicidade e como o indivíduo a alcançará (no contexto de seu plano de vida) a partir dos meios (recursos) de que dispõe, não menos certo é afirmar o papel central do Estado como ente garantidor de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais, com a

finalidade de propiciar a erradicação de desigualdades pautadas por fatores em que o cidadão não poderá ser responsabilizado individualmente por suas escolhas.

3.4 CAPACIDADES, LIBERDADE NA CONDIÇÃO DE AGENTE E CONTROLES ESTATAIS

Não há um consenso sobre como pode ser classificado o pensamento de Amartya Sen no campo da filosofia política. Embora seja plausível admitir que as interpretações herméticas serão sempre suscetíveis de críticas, sobejamente quando o próprio autor assim não se posiciona claramente, as linhas desenvolvidas em “Desenvolvimento como Liberdade”, “Desigualdade Reexaminada” e “Ideia de Justiça”, confortavelmente, aproximam-no das concepções básicas de Justiça Distributiva no contexto do liberalismo igualitário²¹.

Amartya Sen chega a ser classificado no âmbito dos liberais de princípios – veja-se Rosas (2008, p. 63) –, na medida em que suas críticas são essencialmente voltadas aos liberais exponenciais, por se preocuparem exaustivamente com bens primários sociais e recursos, ignorando que as métricas da igualdade poderão suscitar dificuldades na concretização da igualdade material a partir desses recursos, porém sem se descredenciar da idealização política e econômica do liberalismo, bem como no gozo dos direitos daí advindos. Qual a razão de sua crítica?

Rawls (2008, p. 76) centraliza em sua teoria a distribuição igualitária de bens sociais primários compreendidos de forma ampla pela liberdade, oportunidade e riqueza. Esses são os bens distribuídos pelas instituições sociais. Os bens primários são os bens que se presume que um indivíduo racional deseje, não importe o que mais ele deseje para seu plano de vida.

Dworkin (2014, p. 548-549), ao proporcionar ênfase no princípio igualitário abstrato (igual consideração e respeito), difere drasticamente de Rawls, ao suscitar o debate sobre o quanto devemos ser sensíveis às ambições e esforços pessoais

²¹ O autor desenvolve raciocínio bastante perspicaz ao indagar, no início do capítulo I de “Desigualdade Reexaminada” se “ser igualitário é uma característica homogênea”, assim analisando as propostas do utilitarismo, liberalismo e libertarismo. Sua conclusão é negativa. Sustenta que qualquer concepção de justiça possui conotação de igualdade e, portanto, métricas dimensionais de igualdade. Assim, para o autor, “toda teoria normativa do ordenamento social que tenha afinal resistido ao teste do tempo parece exigir a igualdade de algo.” Conclui advertindo para o fato de que observar a igualdade em planos de métrica pode acarretar o anti-igualitarismo em outros planos (SEN, 2012, p. 45).

(responsabilidade pessoal), bem como o critica por ser insensível aos infortúnios da loteria natural (desvantagens especiais de alguns). O seguro hipotético é, assim, fomentado como articulação de justificação da projeção tributária na sociedade, justamente para reequilibrar essas vicissitudes.

Sen (2012, p. 34) defende a igualdade de capacidades, e entende capacidade como aquilo que propicia conteúdo à liberdade²². As capacidades são as possibilidades de transformar bens primários sociais ou recursos em liberdades, levando em conta os funcionamentos dos indivíduos, como, v.g., a fundação de uma família ou a procura por alimentação. Amarra-se, portanto, a ideia de capacidades à igualdade de oportunidades e, assim, à liberdade de escolha para alcançar seus objetivos.

Compreende-se ser possível sustentar que, para possuir algum tipo de plausibilidade, o raciocínio ético sobre problemas sociais deve envolver a igual consideração elementar por todos em algum nível visto como crítico. A ausência de tal igualdade faria uma teoria ser arbitrariamente discriminatória e difícil de ser defendida. Embora não desenvolva esse conceito (fala em “algum modo adequadamente substantivo”), o autor se aproxima de Dworkin ao adotar o paradigma do tratamento igualitário a todos dispensado pelo Estado.

Não faremos comentários dispendiosos sobre a ausência de uma teoria específica de justiça em Amartya Sen. Seus leitores compreendem que o propósito de sua crítica mais se volta a uma releitura dos trabalhos já desencadeados por Rawls e Dworkin²³ do que propriamente a uma perspectiva inovadora em suas bases teóricas, não obstante defenda que a ideia de igualdade deve ser pautada pelo prisma da heterogeneidade dos indivíduos e pela diversidade focal das desigualdades, o que destoa em vários aspectos das teorias citadas.

Optamos, assim, para manter a fidelidade com o objetivo do texto, em analisar sua percepção de igual consideração numa estrutura liberal e, nesse contexto, sustentamos que sua visão de igual consideração como elemento ético de estrutura social relevante não destoa, essencialmente, do pensamento de Dworkin. Para utilizar as acepções preferidas pelo próprio autor, apenas não há uma “métrica” bem

²² Nesse aspecto, aproxima-se parcialmente de Dworkin, liberal que não divorcia os valores políticos como pretendeu Rawls em sua ordem léxica de princípios.

²³ Nesse aspecto, vejam-se as últimas críticas claramente expostas por Dworkin (2014, p. 703), aduzindo que a proposta de Sen se adequa a um ideal de igualdade de bem estar. Essa refutação já havia sido registrada em “A virtude soberana”.

delineada de igualdade para servir de diretriz estatal nas políticas públicas, embora mencione uma tendência à “igualdade basal”.

Para chegar ao conceito de “igualdade basal”, assinala que as desigualdades podem ser potencializadas com as diferenças causadas pelas características pessoais, como aptidões físicas ou sexo, bem como suscita a problemática de que a mesma renda (*variável*) não tem o mesmo efeito prático (funcionamentos – ou bem estar) para pessoas capacitadas (*able-bodied*) e incapacitadas (*disable*).

Logo, inúmeras seriam as variáveis focais na análise da igualdade, ou métricas da igualdade. A igualdade em uma variável poderia, portanto, acarretar desigualdade em outra. Haveria uma base igualitária a ser universalizada, plenamente justificada pelas outras métricas de desigualdade admitidas na sociedade, sendo essa base o foco de atuação estatal dentro de políticas específicas de proteção.

Com efeito, seria possível analisar, no contexto dessas políticas públicas, o bem estar de uma pessoa a partir da qualidade de seu estado e se sua vida está intimamente ligada ao conjunto de funcionamentos (estados e ações) inter-relacionados que desencadeia ao longo da vida²⁴. Os funcionamentos mais relevantes destacados como exemplo seriam: a) nutrição adequada; b) boa saúde; c) afastamento de doenças que podem ser evitadas e da morte prematura (essas mais “singelas”); d) ser feliz; e) ter respeito próprio; f) tomar parte na vida da comunidade - essas mais complexas (SEN, 2012, p. 79).

Observe-se que se os funcionamentos são os elementos constitutivos do bem estar individual, a capacidade está atrelada à possibilidade de realizar funcionamentos. Segundo o autor, a capacidade é “um conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo a liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro”. Logo, como metáfora ao conjunto orçamentário no espaço de mercadorias, o “conjunto capacitário reflete no espaço de funcionamentos a liberdade da pessoa para escolher dentre as vidas possíveis” (SEN, 2012, p. 80).

Como visto, atrela a ideia de liberdade à capacidade de produzir funcionamentos. Assim, considera que a liberdade pode ser vista como intrinsecamente importante

²⁴ Assim, os funcionamentos são elementos constitutivos do estado de uma pessoa e podem aferir a avaliação de seu bem estar.

para uma boa estrutura social. Uma boa sociedade também é, nesta concepção, uma sociedade de liberdade.

Se a capacidade é principalmente um reflexo da liberdade para realizar funcionamentos valiosos, ela se concentra diretamente sobre a liberdade e não sobre os meios para realizar a liberdade e identifica as alternativas reais que temos. Logo, para o autor a capacidade pode ser lida como um reflexo da liberdade substantiva e os funcionamentos, como elementos constitutivos do bem estar. Eis a razão pela qual o autor destaca uma grande vantagem em desenvolver a análise do bem estar realizado a partir da ideia de “conjunto capacitário” de uma pessoa.

3.5 LIBERDADE EFETIVA E CONTROLES

Já mencionamos anteriormente que os dois autores abordados nesse capítulo fincam o paradigma da igual consideração como pressuposto de legitimidade ética de atuação estatal. Da mesma forma, ambos sustentam que adversidades pessoais influenciam no manejo dos recursos para os planos de vida. Ambos também concordam que o Estado deve agir, no campo das políticas públicas (variáveis políticas e controles) pautado nessas duas observações.

A essência de “Desigualdade reexaminada” requer a necessidade de estabelecer a diferença de tratamento entre a liberdade efetiva do indivíduo e os controles que são exercidos para que se possa obter o que valorizamos e o que queremos.

Observe-se que, nem sempre os indivíduos exercem diretamente esses controles. A análise dessa teoria aborda justamente esse prisma, situando o quanto as liberdades substantivas podem ficar comprometidas quando os controles estatais são inadequados, através de políticas públicas ineficientes como, por exemplo, o controle incorreto de epidemias ou até mesmo doenças que proporcionam a morte precoce.

Consequentemente, o incremento dos controles (ou variáveis políticas, como sugere Dworkin) proporcionaria o aumento na quantidade de liberdades reais do indivíduo e essas liberdades devem ser interpretadas como liberdades para realizar funcionamentos, analisadas pelo prisma da efetiva possibilidade de um indivíduo alcançar nível satisfatório de qualidade de vida e, assim, sua métrica de felicidade.

Dentre os três autores abordados até então, Amartya Sen é o mais enfático na indicação de que o indivíduo tem comprometidas as oportunidades de efetivar seus planos racionais de vida quando atingindo por circunstâncias (da loteria natural, por exemplo) que afetam seu desenvolvimento, as quais incidiriam sobremaneira em suas liberdades.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que inexistem em Amartya Sen o delineamento de uma teoria formal de justiça, bem como que os outros autores apresentam suas teorias no contexto do contratualismo hipotético – registrando-se que Dworkin não se reconhece no prisma do contratualismo –, no qual é enfatizada a incidência de fatores negativos (como doenças) que mitigam o pleno exercício das liberdades. Nesse aspecto, não se despreza nas teorias de Rawls e Dworkin a ideia de que pessoas acometidas por determinadas patologias possam ter comprometida a sua liberdade de escolha e mitigado o poder de concretização/transformação de seus recursos nos planos idealizados, diante da necessidade de aquisição de tratamentos ou medicamentos, v.g., mas apenas há uma limitação da incidência dessa hipótese em Rawls (escolha de indivíduos representativos da posição original) e Dworkin (participantes do leilão) a fim de manter um refinamento das ponderações abstratas de escolha, para que não sejam afetadas por circunstâncias que modificariam o raciocínio lógico.

3.6 IGUAL CONSIDERAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

É pertinente a afirmação de Dworkin (2014, p. 700) acerca do entendimento incorreto de Amartya Sen, ao sustentar este que a teoria da igualdade de recursos e a teoria rawlsiana se prendem de forma contundente em elementos que conduzem o indivíduo à liberdade, sem uma abordagem mais severa sobre o quanto às condições pessoais de cada indivíduo poderão afetar seus planos de vida, modulando o peso e o valor de cada recurso ou de bens primários.

A obra de Dworkin é absolutamente voltada a um campo prático de aferição das desigualdades. Para tanto, tome-se como exemplo o capítulo 8 de “A virtude soberana”, todo dedicado ao debate sobre o custo da saúde na sociedade norte-americana. Concordando-se ou não com o autor, jamais poderemos admitir como verdade que suas ponderações sobre o plano das compensações das desigualdades

(“*ex ante*” e “*ex post*”) não levam em consideração as vicissitudes que um indivíduo enfrenta ao longo da vida em decorrência de sua “*má sorte bruta*”²⁵.

Para os efeitos deste estudo, deve ser ressaltado que as ponderações deduzidas por Ronald Dworkin desconsideram por completo as nuances bem diversas dos sistemas de saúde no mundo, pois sua análise é extremamente limitada aos propósitos do sistema de saúde da assistência²⁶, absolutamente residual por excelência.

Dworkin chega a tecer comparações entre os gastos com saúde entre os Estados Unidos e a Alemanha, países que possuem sistemas de saúde bem diversos, ocasionando divergências muito acentuadas no tocante à forma de captação de recursos para o funcionamento desses sistemas, como também, e mais importante para esse estudo, o acesso do indivíduo ao sistema de saúde.

Para efeito do que pretendemos demonstrar, não se pode deixar de destacar que o sistema de saúde brasileiro não se coaduna de forma alguma com o sistema desenhado para a sociedade estadunidense, regendo-se por uma contextualização para além de suas abstrações em torno do seguro hipotético e do sistema de tributação que permitiria ao Estado desembolsar o custo da efetivação de um direito social, como a saúde.

A universalidade que norteia o sistema único de saúde brasileiro, o SUS, legitima que todo e qualquer cidadão tenha acesso aos protocolos ali dispensados pela simples condição de cidadania, independentemente de poder ou não pagar por um plano de saúde complementar. É dizer, qualquer rico hipertenso poderá fazer uso do programa farmácia popular, recebendo gratuitamente a medicação para controle de pressão arterial, desde que a medicação seja a acobertada pelo programa (losartana – princípio ativo da medicação dispensada para o controle de pressão arterial), possua receita médica datada há menos de seis meses e apresente documento de identificação civil com foto no momento da aquisição, conforme Portaria 111/2016 do Ministério da Saúde e Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Ricos e pobres poderão fazer uso de consultas, exames e cirurgias em hospitais de referência, desde que submetidos aos regramentos de acesso ao sistema. Não há,

²⁵ Nesse aspecto, interessante relembrar os conceitos de “*sorte bruta*” e “*má sorte por opção*”, todos rigorosamente aprofundados no capítulo II de “*A virtude soberana*”.

²⁶ Para melhor compreensão da classificação dos sistemas de saúde, remetemos o leitor para o capítulo III dessa pesquisa.

portanto, uma aferição excessivamente limitada da dispensação com a saúde pública que ensejou a discussão entre o princípio do resgate e o seguro prudencial.

Em relação a esses dois institutos bem caros à teoria dworkiniana, compreende-se que o poder público não poderá gastar o quanto desejar em matéria de saúde pública, embora fosse desejável sob a ótica da atenção humana. Acaso não se imponham limites a qualquer previsão com o custo da saúde, outras áreas ficariam descobertas, como a educação, a segurança e a cultura. Permitir gastos sem limites ocasionaria o que Dworkin (2011, p. 434) denominou aplicação do princípio do resgate.

Ao contrário, no contexto de sua teoria, Dworkin (2011, p. 437) indica que o caminho viável é o do seguro prudencial, ou seja, os indivíduos, de posse de seus recursos para o leilão hipotético e aquisição de seguros contra a má sorte e má sorte por opção²⁷, indicariam os limites que seriam gastos com o seguro para proteção desse tipo de revés, revelando-se, assim, a hipótese do seguro prudencial, que por sua vez nortearia o funcionamento de um sistema de tributação apto a manter em funcionamento a proteção estatal no campo da saúde.

Nesse capítulo, não faremos maiores digressões sobre os contornos dos sistemas de saúde (seguridade e assistência) e como são disponibilizados ao indivíduo, sendo bastante para repelir a tônica de Dworkin a simples menção ao fato de que nossa Constituição Federal estabeleceu a regra de seguridade social para o campo da saúde pública, revelando, portanto, maior proteção ao indivíduo.

Para os fins estabelecidos nesse estudo, torna-se inequívoca a conclusão de que o pensamento deduzido na teoria de igualdade de recursos não teria condições de moldar um sistema de saúde como o da seguridade social, de ampla abertura de acesso e de constante movimentação para averiguação de novas tecnologias²⁸.

²⁷ A sorte por opção é assim denominada naquilo que diz respeito a resultados de apostas deliberadas e calculadas. Ou seja, em relação aos ganhos e às perdas de alguém que aceita deliberadamente um risco isolado que deveria ter previsto ou mesmo ter recusado. Já a sorte bruta pode ser compreendida no resultado de riscos que não são apostas deliberadas, sem o elemento volitivo, portanto (DWORKIN, 2011, p. 91).

²⁸ A CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias para o SUS) foi criada pela Lei nº 12.401/2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. A Comissão, assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde - DGITS, tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde - MS nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDT. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em: 13 dezembro 2016.

Essa afirmação não reside no sentido de que o sistema da assistência não acoberta movimentação de sua tecnologia, o que implica constante revisão de custos, mas na hipótese de que a própria porta de acesso do sistema de assistência já é comprometida, limitando-se o uso da saúde pública a um pacote previamente delimitado e às pessoas que, efetivamente, não tenham qualquer condição de adquirir um plano de saúde, o que já indica que o pacote disponível é bastante limitado.

Embora as ponderações deduzidas por Amartya Sen dificultem muito a idealização de políticas públicas, correndo mesmo o risco de falha de otimização desses planejamentos em razão das inúmeras variantes indicadas pelo autor para que os controles alcancem sua efetividade, a essência de seu pensamento propicia a idealização de discussões judiciais para além das políticas disponíveis, servindo como reforço ao que já foi defendido sobre a teoria rawlsiana.

Concluídas essas ponderações, passaremos, no próximo capítulo, à análise prática da saúde pública na Constituição Federal de 1988, através da abordagem de criação do Sistema Único de Saúde e a premissa de igualdade na distribuição do direito fundamental à saúde, como o Estado Social de Direito se situa em cenário de crise econômica e em respeito às garantias do indivíduo, além de quais os problemas políticos e jurídicos da afetação jusfundamental da saúde, inclusive quanto ao exercício de sua titularidade, debate atinente ao constitucionalismo português.

Também trataremos da afetação da saúde enquanto direito fundamental e como o seu exercício encontra respaldo no âmbito de uma sociedade de cooperação, para então analisar o argumento de subsidiariedade, atualmente em debate no Supremo Tribunal Federal para fins de vedar as demandas individuais ajuizadas com o propósito de questionar o acesso a medicamentos e tratamentos para além das políticas públicas já previstas no sistema único de saúde.

Reputamos que, para qualquer deliberação sobre esses temas, é imprescindível assentar o pensamento em torno de como as teorias da justiça discutidas até aqui poderão moldar compromissos constitucionais no campo da saúde pública.

4 A SAÚDE PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A definição de saúde pela Organização Mundial de Saúde (OMS) é assentada na premissa de um estado de completo bem estar físico, mental e social, não se limitando à ausência de doença ou enfermidade. Não pretendemos, aqui, discutir as adequações ou inadequações do que poderia ser considerada a premissa de bem estar, tal qual apontam Segre e Ferraz (1997, p. 538), mas enaltecer que o legislador constituinte de 1988 obteve êxito em ampliar essa conceituação ao estipular o tratamento da saúde (nas facetas preventiva e curativa, através de políticas públicas sociais e econômicas) no texto da carta federal.

Importante frisar, de antemão, a nossa delimitação de abordagem no campo da saúde pública, ou seja, distinguindo-a da saúde suplementar²⁹, eventualmente dispensada por planos de saúde, na medida em que o propósito da pesquisa é analisar uma teoria da justiça adequada à fundamentação de demandas individuais para acesso a medicamentos, insumos e tratamentos não elencados nos serviços do sistema de saúde garantidos pelo Estado.

A tônica, aqui, é a de centralizar o debate em torno do acesso a um sistema de saúde garantido pelo poder público e como respaldar que, individualmente, possa ser discutida a obrigação do Estado para a dispensação de medicamentos, insumos e tratamentos ainda não disponíveis em políticas públicas, com a diretriz de que qualquer cidadão terá acesso a ele, sem que a premissa de universalidade seja violada.

Instituída no bojo de um sistema de seguridade social, à saúde foi dispensada uma seção própria na Magna Carta, a seção II, no título da ordem social. Os sistemas de seguridade social são caracterizados, essencialmente, pela concepção de cidadania, onde todo e qualquer cidadão tem acesso às ações e serviços de saúde, independentemente de qualquer contribuição previdenciária, pagamento ou vinculação empregatícia.

²⁹ No Brasil, especial atenção para a normatização estruturante da saúde suplementar através do Decreto 3.327/2000 (aprova o regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e dá outras providências), Lei 9.656/98 (dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde), Lei 9.961/2000 (cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências) e Lei 10.185/2000 (dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências).

Em linhas gerais, conforme Paim (2009, p. 18-19), os sistemas de saúde seguem o tipo de proteção social adotado pelos países, destacando-se três tipos em todo o mundo: a seguridade social, o seguro social e a assistência. Ressalta Paim (2009, p. 12) que cada sociedade organizará seu sistema de saúde tendo como norte suas crenças e valores, sob a influência de determinantes sociais.

Os sistemas de saúde considerados universais são os destinados para toda a população, aí incluídos os modelos da seguridade social e do seguro social. Enquanto o primeiro, o da seguridade social, tem o acesso pautado na condição de cidadania, custeado pela sociedade em geral através de seu modelo tributário, no segundo, o do seguro social, somente o indivíduo que contribui com a previdência social terá acesso aos serviços de saúde, ainda assim, possibilitando aos que possuem condições financeiras, o acesso à assistência médica pela via de alguma contraprestação pecuniária.

Conforme Paim (2009, p. 18-19), Inglaterra, Brasil e Suécia podem ser destacados como países integrantes de um sistema de seguridade social. Alemanha, Suíça e França se apresentam como integrantes do sistema de seguro social.

O sistema de assistência, residual por excelência, proporciona atendimento (um pacote limitado de serviços) aos que comprovem a impossibilidade de efetuar a aquisição desses serviços diretamente no mercado. Como ressalta Paim (2009, p. 20), os Estados Unidos da América, único país desenvolvido a permitir o atendimento à saúde da população sob a responsabilidade do mercado, utiliza esse sistema. Aqui, o indivíduo que não pode adquirir um plano de saúde ou efetuar o pagamento diretamente a um profissional ou instituição, não tem a garantia de acesso aos serviços, exceto, como já frisado, se demonstrar sua condição de pobreza e, ainda assim, a serviços previamente identificados.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde foi tratada, pela primeira vez, como um direito social fundamental, identificada como um direito de todos e dever do Estado. O artigo 196 da Carta Federal determina que a garantia desse direito ocorra mediante políticas públicas 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.

Efetivadas essas considerações preliminares, adentraremos na discussão da criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, suas perspectivas e objetivos, a fim de identificar um parâmetro além da igualdade no acesso ao sistema de saúde,

estabelecendo a equidade como fator de distinção para a concretização da cidadania efetiva que propicia ao indivíduo a busca na realização de seus planos racionais de vida.

Abordaremos a crise do Estado Social de Direito e as dificuldades de garantir a efetividade do direito à saúde, com as nuances de captação de recursos para a manutenção de seu sistema de saúde e das indicadas feições política e jurídica dos problemas relacionados à afetação desse direito fundamental, inclusive quanto ao exercício de sua titularidade, debate atinente ao constitucionalismo português.

Por derradeiro, trataremos da afetação da saúde enquanto direito fundamental, propiciando a consagração de liberdades para a execução dos seus planos racionais de vida e como esse exercício encontra respaldo no âmbito de uma sociedade de cooperação, afastando, portanto, qualquer argumento de subsidiariedade para fins de vedar as demandas individuais ajuizadas com o propósito de questionar o acesso a medicamentos e tratamentos para além das políticas públicas já previstas no Sistema Único de Saúde.

4.1 A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E A PREMISSE DE IGUALDADE NA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Conforme descrito acima, os sistemas de saúde podem se caracterizar, em linhas gerais e de forma exponencial, pelo regime da seguridade social, do seguro social e da assistência. A opção jurídica e política de escolha por cada sistema nas sociedades não ocorre exclusivamente a partir de uma questão econômica, em razão dos custos de implementação e de manutenção de cada um deles.

Em decorrência do caráter exponencial da saúde na vida do indivíduo (como já frisado, a saúde não deve ser enfatizada apenas pela ausência de doenças e enfermidades, mas por intermédio de todo o arcabouço de políticas públicas sociais e econômicas que influenciam diretamente no estado do indivíduo que lhe permite, *a priori*, a execução dos seus planos racionais de vida), destaca-se como questão relevante a forma como a sociedade decide sobre suas escolhas políticas e sociais, suas consequências e as responsabilidades advindas pelos efeitos dessas decisões numa sociedade de cooperação.

Aqui incide, precipuamente, a tônica de John Rawls (2009, p. 03-08) sobre a caracterização do objeto principal da justiça, que é a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura básica, formada pelo conjunto das principais instituições e pelo modo como elas trabalham em conjunto para distribuir direitos e deveres fundamentais entre todos, determinando a divisão de vantagens que decorrem da cooperação social, não é totalmente aprofundada pelo autor em sua obra.

Apesar de ser inequívoca a menção de Rawls (2009, p. 08) sobre a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes como elementos destacados das “principais instituições” que formam a estrutura básica da sociedade, há pontos não esmiuçados da teoria rawlsiana, segundo Rosas (2015, p. 24), que devem também incidir na leitura das “principais instituições” formadoras da estrutura básica da sociedade, como o conjunto das instituições que asseguram os direitos sociais (na cobertura dos riscos sociais, na educação e na saúde).

Nesse aspecto, conclui Rosas (2015, p. 25):

A estrutura básica da sociedade condiciona nossa vida desde que nascemos até que morremos. É a estrutura básica que determina, em função de regras institucionais, quem tem direito a quê desde o início da sua existência e ao longo da vida.

Assim, a estrutura básica da sociedade, ao estabelecer o Sistema Único de Saúde de acesso universal e igualitário deve levar em consideração não apenas questões no plano da homogeneidade dos indivíduos, criando um *standard* de ações e serviços hermeticamente estabelecidos através de suas políticas públicas, mas permitir ao indivíduo a discussão peculiar de determinadas patologias e circunstâncias, as quais, nem sempre, estão acobertadas pelo *standard*³⁰ que se identificou, abstratamente, pelo prisma do acesso igualitário.

Se o SUS, pautado pelo acesso universal e igualitário, por inúmeras razões, não pode estabelecer um padrão aberto e infinito de ações e serviços de saúde, as peculiaridades que cada indivíduo poderá apresentar ao longo de sua existência determinarão como, na sociedade de cooperação, onde se demonstra razoavelmente bem delineada a divisão de todos os direitos e deveres, assim como propiciada a

³⁰ Nesse sentido, embora o texto de Rawls em “Uma Teoria de Justiça” não seja categórico em relação à inclusão da saúde nesse *standard*, merecem destaques as ressalvas de Sandel (2005) e Nozick (2011) no sentido de que aquele autor incluiria a saúde na órbita de um *standard* de prestações na justiça distributiva.

divisão das vantagens decorrentes dessa cooperação, o Estado Democrático e Social de Direito deverá responder aos direitos fundamentais legitimadores, em última análise, do próprio funcionamento do Estado.

Especificamente no Brasil, apenas com a Constituição Federal de 1988 o direito à saúde foi tratado como direito social fundamental, pautado por um sistema único financiado com recursos específicos, porém conjuntos, de todos os entes federativos, tendo como diretrizes constitucionais a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Por descentralização, compreenda-se a adaptação do SUS à amplitude de nossa diversidade nacional, com nuances, muitas vezes, bem díspares entre as suas regiões, pontuando-se, ainda, as diferenças econômicas e sociais dos seus estados e municípios. Assim, as decisões do SUS são tomadas por comandos nos respectivos entes federativos através das secretarias de saúde, coordenando-se, no âmbito federal, pelo Ministério da Saúde.

A concepção de atendimento integral reside na aglutinação de ações e serviços na promoção, na proteção e recuperação da saúde. A ideia é conjugar políticas preventivas e terapêuticas.

Por participação da comunidade, observa-se a necessidade de democratização dos serviços e decisões em relação à saúde. Paim (2009, p. 50) destaca que se trata de uma recomendação de organismos internacionais, como a OMS, para o desenvolvimento de sistemas de saúde, principalmente depois da Conferência Internacional de Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma-Ata em 1978. Dessa forma, a comunidade teria condições de participar, identificando problemas, propondo soluções, fiscalizando³¹ e avaliando ações e serviços públicos de saúde.

A origem de nosso sistema único de saúde não ocorreu exclusivamente por debates constitucionais travados na assembleia nacional constituinte, mas decorre de um amplo, lento e progressivo processo de reconhecimento desse sistema (SUS) sob um duplo aspecto: o combate à pobreza e a desigualdade social. Nas precisas

³¹ No âmbito da fiscalização, por participação da comunidade, merecem destaque as previsões da Lei 8.142/90 criando os “Conselhos de Saúde” compostos da seguinte forma: metade de representantes de usuários e metade de prestadores e trabalhadores do SUS. Esses conselhos atuam em caráter permanente, tanto no controle da execução das políticas de saúde (quer no aspecto econômico, quer no financeiro), como também na formulação de estratégias. Suas decisões se submetem à homologação do chefe do Poder Executivo. Devemos destacar que as funções fiscalizadoras e de proposição ocorrem sem prejuízo das funções do Poder Legislativo.

palavras de Ocké-Reis (2012, p. 21), o SUS superaria o limite de cobertura anterior pautado pelo seguro social e o modelo privatista do regime militar no setor de saúde.

Pretendemos aqui esclarecer um ponto: tudo que antecede à Carta Federal de 1988 em matéria de saúde pública, diz respeito à manutenção de um sistema de seguro social, no qual apenas os indivíduos que contribuíam para caixas de previdência social³², como o INPS (então consolidado como órgão catalisador dessas caixas de previdência³³), teriam acesso às ações e serviços de saúde. À população carente, apenas os serviços excepcionais de filantropia eram “garantidos”.

Migramos, portanto, de uma tônica de sistema de ações e serviços de saúde para poucos até a contemplação da universalidade do SUS para qualquer cidadão, tendo ou não contribuído para esse sistema mediante contribuições à previdência social ou através de contraprestações diretas pelos serviços.

Acende, então, a ideia de igualdade, com a necessária leitura de equidade, no campo da saúde pública, a qual, contudo, ainda não atingiu o ponto desejável de maturação, pois inúmeras questões ainda não foram enfrentadas com a envergadura que o caso requer, como, por exemplo, a constituição de fontes específicas e estáveis de manutenção do SUS, a impossibilidade de contingenciamento de verbas do orçamento público afetadas para a implementação do sistema, a inclusão de norma específica que preveja o não atendimento das prescrições constitucionais de percentuais mínimos para as ações e serviços de saúde como atos de improbidade administrativa e a própria delimitação da equidade no acesso ao SUS.

Paim (2009, p. 40) salienta ainda, que todas as discussões e debates do denominado movimento pela democratização da saúde ou movimento sanitário foram imprescindíveis para a consolidação constitucional de um ideal de superação do paradigma de que o sistema de saúde seria destinado a poucos, contemplando todos os membros da sociedade, alcançando-se, assim, a previsão de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³² Para os trabalhadores urbanos, com vínculo formal de trabalho, portanto.

³³ Segundo Paim (2009, p. 33), com exceção do IPASE (instituto de previdência e assistência de servidores do Estado), todos os institutos de previdência foram unificados em 1966 no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Segundo Paim (2009):

Ao apresentar o documento *A questão democrática na área da saúde*, no I Simpósio de Política Nacional de Saúde da Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados, em 1979, o Cebes formulou, pela primeira vez, a proposta do SUS, justificando um conjunto de princípios e diretrizes para a sua criação. Desse modo, tanto a RSB³⁴ quanto o SUS nasceram da sociedade, e não de governos ou partidos (PAIM, 2009, p. 40).

As Leis 8.080/90 e 8.142/90, delimitadoras da implantação do SUS no Brasil, devem ser lidas, portanto, na contextualização da luta democrática para a criação de um sistema único de saúde de conotação universal e igualitária, na qual a previsão desse acesso igualitário não poderá jamais ser interpretada de forma hermética, desprezando-se o viés da equidade, na medida em que é justamente essa mitigação que evitaria tratamento indiferente aos desiguais, podendo resultar na manutenção de desigualdades, impedindo que fosse atingida a igualdade material – aqui independentemente de classe social.

Nesse diapasão, não se pode deixar de frisar uma das conotações da criação do SUS, como outrora destacado: o combate à pobreza e a desigualdade social³⁵.

Não pretendemos, nesse texto, desviar-nos da ideia de que as demandas judiciais de âmbito coletivo devem ser prestigiadas e enaltecidas, não apenas pela formal racionalização do sistema e da própria resposta do Estado às pretensões resistidas dos membros do grupo social.

Nossa intenção precípua é demonstrar que a discussão sobre o prisma da equidade no SUS não necessariamente será viável (sempre) por intermédio de tais

³⁴ Paim (2009, p. 39) define o RSB como um movimento social, composto por segmentos populares, estudantes, pesquisadores e profissionais de saúde, que propôs a “Reforma Sanitária” e a implantação do SUS. Nele integravam instituições acadêmicas e sociedades científicas (como, por exemplo, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES – e a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva – Abrasco), entidades comunitárias, profissionais e sindicais. O movimento, criado na segunda metade da década de 1970, defendia a democratização da saúde e a reestruturação do sistema de serviços. Trata-se do movimento da RSB, conhecido também como movimento sanitário ou movimento pela democratização da saúde.

³⁵ No tocante à opção pelo sistema de seguridade social, Fluminhan (2014, p. 104) sustenta haver uma aproximação inequívoca da Constituição Federal com o Plano Beveridge, apresentado por William Beveridge ao Parlamento Britânico na década de 40 do século XX, evidenciando que a organização de um seguro social amplo e eficiente seria condição necessária para o progresso geral de um povo, cabendo ao Estado oferecer proteção social desde o nascimento até a morte do indivíduo. Dessa forma, objetivando a reforma e aperfeiçoamento do sistema de seguro social até então vigente, o Plano Beveridge sugeriu duas modificações substanciais: a) a extensão do seguro para abranger pessoas até então excluídas; b) ampliação da cobertura envolvendo a inclusão de riscos até então excluídos. Importante também destacar que o modelo de seguridade social adotado pelo legislador constituinte brasileiro, a partir de 1988, assenta-se sobre ações e serviços destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

ações coletivas, até mesmo, *v.g.*, pela complexidade de produção de provas, extremamente mais viável na demanda individual, bem como que o liberalismo igualitário é uma teoria da justiça adequada para respaldar o ajuizamento dessas ações em nosso ordenamento jurídico.

4.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO, CRISE E RESPEITO ÀS GARANTIAS DO INDIVÍDUO

A história registra a formação do Estado Liberal, com suas influências e perspectivas, notoriamente no campo da proteção de direitos contra a opressão, garantidores, em essência, da liberdade exponencial do indivíduo contra seus pares na sociedade e, também, contra o próprio Estado.

Como ilustração desse cenário, Robsbawn (2010, p. 371) sustenta que a formulação do liberalismo clássico burguês até 1789, primordial às revoluções liberais do século XVIII, em relação às hipóteses gerais sobre o mundo e sobre o homem, estava marcada por um penetrante individualismo, que se devia mais à introspecção dos indivíduos da classe média ou à observação de seu comportamento do que aos princípios *a priori* nos quais declarava estar fundamentada, expressando-se em uma psicologia que fazia eco com a mecânica do século XVII (escola “associacionista”), ou seja, a constituição do mundo humano em átomos individuais, com paixões e necessidades que propiciavam o aumento de suas satisfações em detrimento ao desprazer, não se reconhecendo, assim, limites ou direitos de interferência em suas pretensões.

Nesse diapasão, o enaltecimento e positivação de direitos individuais ditos de liberdade, como o direito à propriedade, assumiu conotação exponencial, com o intuito de celebrar e blindar esse aspecto antropocêntrico.

Defendemos que a própria concepção de direitos humanos ainda na primeira década do século XX centrava-se numa premissa sobejamente liberal, prestigiando-se acentuadamente os direitos de primeira dimensão, denominados civis e políticos, pautados na liberdade formal do indivíduo. Caracterizava-se, portanto, em formulação negativa contra o Estado ou numa premissa de não interferência do Estado nas liberdades do cidadão.

Reafirmamos que já no final do século XIX e início do século XX passam a ser positivados os direitos denominados de segunda dimensão, catalogados como direitos

econômicos, sociais e culturais, fruto de tensões sociais advindas do sistema capitalista de produção, sobretudo externados na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã de Weimar, de 1919, influenciando a inserção desses direitos nas constituições de outros Estados, caracterizando os Estados Sociais e suas diversas denominações (LAMARÃO NETO, 2013, p. 10-11).

Não por outra razão, os direitos econômicos, sociais e culturais já eram desenvolvidos sob a perspectiva de que, mesmo os direitos catalogados como de primeira dimensão teriam, como condição imprescindível de sua fruição, a garantia de determinadas condições materiais mínimas que permitissem seu adequado exercício (BINENBOJM, 2004, p. 13).

Conforme antes exposto, ratificamos que não se trata aqui de sugerir a adoção de uma migração por salto de um paradigma negativo para positivo (de primeira à segunda dimensão). Com efeito, a manutenção de um ordenamento jurídico garantidor apenas de liberdades formais ao indivíduo não fornece a tutela necessária e exigível do Estado, a fim de conferir efetividade às suas normas. Nesse diapasão, como sugere Krell (2000, p. 27), não se trata de direitos exigíveis contra o Estado, mas “através” do Estado, dentro do contexto do processo democrático, exigindo-se do Poder Público certas prestações materiais, por intermédio da definição, execução e implementação de políticas públicas, de acordo com circunstâncias, que facultem o gozo de direitos constitucionalmente protegidos.

Contudo, é inegável que a construção histórica do Estado Social passa por uma etapa essencialmente prestacional do *Welfare State*. Nesse aspecto, Krell (2000, p. 27-28) indica não apenas a baixa normatividade desse período, como sua própria eficácia duvidosa.

Uma possível polarização normativa dessas dimensões é superada com a idealização do Estado Social de Direito, para além de meras perspectivas políticas de direitos tutelados em normas programáticas, projetando-se a ampliação das potencialidades do indivíduo pela conjugação dos valores de liberdade e igualdade³⁶. Conforme Miranda (2014, p. 376):

³⁶ Nesse aspecto, é importante frisar os planos distintos proporcionados por Rawls e Dworkin em suas teorias, relativamente aos valores de liberdade e igualdade, construindo, o primeiro, uma ordem léxica de princípios de justiça, onde a liberdade assume lugar proeminente. O segundo já situa os valores sem essa escala.

A passagem para o Estado Social de Direito irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade – autonomia – como uma liberdade – participação.

O pensamento do constitucionalista lusitano é alinhado à teoria rawlsiana quando sustenta que a liberdade possível (tratada como necessária) do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por mais justas que sejam, a alcançar no futuro. De outro lado, já alinhado à teoria da igualdade de recursos, indica que as “condições de liberdade”, assim compreendida a liberdade de fato e não apenas a liberdade jurídica, somente teriam sentido em um “regime de liberdade”, no qual os valores de liberdade e igualdade seriam tratados como indivisíveis. Por reconhecer os direitos sociais como “direitos de libertação da necessidade”, como também direitos de promoção e inclusão, reconhece que o escopo irreduzível deles é a organização da solidariedade (MIRANDA, 2014, p. 376-378).

O entendimento que defendemos nessa pesquisa se assenta justamente no sentido de que nosso constitucionalismo foi pautado sob a tônica de uma sociedade de cooperação e as regras de solidariedade devem nortear as relações entre os indivíduos entre si e entre esses e o Estado.

No campo dos direitos fundamentais, a saúde é uma tônica basilar do Estado Social de Direito, pois para além das meras prestações estatais devidas pela dicção normativa que lhe é inerente, posiciona-se como *conditio sine qua non* do exercício pleno das liberdades que permitem ao indivíduo executar seus planos racionais de uma vida boa na sociedade de cooperação, portanto, solidária, tendo-se sempre em mente que o Estado terá, nesse aspecto, por intermédio de suas políticas públicas, papel não apenas relevante, mas imprescindível e, portanto, determinante, para a consecução desses projetos.

Os custos para a implementação das políticas públicas que tornam viável a execução do direito à saúde são, inquestionavelmente altos. Segundo Caoli (2015), em 2013, o principal gasto das famílias ocorreu com serviços de saúde privados, incluindo manutenção de planos de saúde, pagamento de consultas, exames e internação, chegando a 2,7% do PIB, ou R\$ 141,3 bilhões. A despesa de consumo do governo teve como principal item a saúde pública, com 2,8% do PIB, ou R\$ 149,9 bilhões, no mesmo ano.

Em tese, quanto maior o avanço econômico de uma nação que optou pelo delineamento de seu sistema de saúde pautado na seguridade social, maior deveria ser o percentual de investimento em saúde pública, propiciando incremento de sua pesquisa e tecnologia, aumento de leitos hospitalares, com a necessária adequação de disponibilidade em todas as regiões do país e ampliação do acesso ao mesmo.

Nesse aspecto, a título de ilustração, ressalte-se que, segundo dados divulgados pela ABRASCO em 26 de maio de 2015, o Brasil possuía cerca de 40 mil vagas de UTI: metade na rede pública e metade na rede privada. No entanto, apenas 25% da população possuía algum tipo de plano de saúde. Assim, para a parcela da população em condições de desembolsar o custeio de suas despesas de saúde, havia 01 leito a cada 2.550 mil pessoas. Já para quem só poderia recorrer ao SUS, essa razão seria de 01 para 7.641 mil pessoas. Em síntese, poderia ser sustentado que um brasileiro com plano privado teria três vezes mais chances de conseguir uma vaga de UTI do que uma pessoa que dependesse exclusivamente do Sistema Único de Saúde.

Registre-se que a disponibilidade de leitos hospitalares (não apenas UTI) para cada mil habitantes no Brasil é bem abaixo da recomendação da OMS. Conforme indicado pelo próprio Ministério da Saúde (MS) e registros do IBGE, a despeito da recomendação da OMS ser de 03 a 05 leitos para cada mil habitantes, a média brasileira é de 03 leitos para cada mil habitantes. Contudo, em análise de distribuição por regiões, observa-se que, em 1999, a região norte possuía a menor distribuição: 2,2 para cada mil habitantes. A região centro-oeste possuía a maior: 3,5 leitos para cada mil habitantes. Esse número sofreu algumas oscilações com queda registrada para 2009.

De outra monta, períodos de recessão econômica podem gerar sobressaltos no contexto de conquistas sociais, eventualmente criando não apenas o esvaziamento de algumas políticas públicas, mas colocar em xeque a própria gestão de resultados eficientes que se espera e determina ao serviço público. Entrementes, vivendo em circuito de globalização, é absolutamente natural que a economia brasileira absorva impactos dos cenários de crise na economia mundial.

Os anos de 2015 e 2016 foram icônicos para a sociedade brasileira no enfrentamento de um dos maiores cenários de recessão e crise econômica, gerando a discussão de que, diante de um cenário de déficit econômico, o congelamento das despesas públicas é elemento salutar e imprescindível para que se alcance a estabilidade e, futuramente, a economia possa se reerguer.

Esse foi o ingrediente principal que levou o Congresso Nacional a aprovar a proposta de emenda constitucional (PEC) nº 55 (tramitada na Câmara dos Deputados como PEC 241), conhecida como “PEC do teto”. A aprovação se deu em último turno no Senado Federal, no dia 13 de dezembro de 2016.

Que mudança substancial provocada pela alteração constitucional pode ser sentida em relação à saúde pública brasileira? Não obstante o texto aprovado mantenha intacta a previsão constitucional de investimento mínimo em saúde, 15% das receitas, determinou-se que, nos próximos vinte anos, a partir de 2018, o reajuste dessas “despesas” deverá ocorrer pela inflação do ano anterior.

Segundo estudo de pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a saúde poderá perder até R\$ 743 bilhões nos 20 anos de vigência da PEC. Segundo o estudo, o texto da PEC propõe a desvinculação das despesas com saúde e educação na Constituição Federal com relação às receitas, e seu congelamento no valor real de 2016³⁷. Como frisado, a partir de 2018, o reajuste dos gastos ocorrerá levando-se em conta o percentual da inflação do ano anterior.

A aprovação do novo texto constitucional foi considerada pelo relator especial da ONU para extrema pobreza e direitos humanos, Philip Alston, uma medida radical, que ataria as mãos dos futuros governantes, com impactos severos sobre os brasileiros mais vulneráveis, além de constituir uma violação de obrigações internacionais do Brasil. A manifestação pondera que a medida aumentará os níveis de desigualdade em uma sociedade já extremamente desigual, observando-se que, definitivamente, segundo o relator, para o Brasil os direitos sociais terão uma prioridade muito baixa nos próximos vinte anos³⁸.

Como salientado por Morin (2013, p. 09) as crises agravam as incertezas e favorecem os questionamentos, podendo estimular a busca de novas soluções e também provocar reações patológicas, como a escolha de um bode expiatório, motivo pelo qual as classifica como ambivalentes, em razão da apresentação de aspectos de valores diferentes e às vezes contrários.

Especificamente em relação à saúde pública brasileira, é notória a perspectiva negativa diante da alteração constitucional, sendo absolutamente inadequado,

³⁷ Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf>. Acesso em 05 janeiro 2017.

³⁸ Disponível em <<https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/>>. Acesso em 05 janeiro 2017.

desproporcional e irregular o congelamento dos valores, independentemente de quanto se venha a arrecadar nos anos posteriores à receita do país.

A ambivalência da medida pode ser demonstrada na hipótese de que, não obstante seja inquestionável que os anos sucessivos de déficit das contas públicas imponham medidas de contenção, deixa-se à margem do novo texto a concretude e expansão das liberdades, na medida em que, principalmente os mais necessitados enfrentarão ainda mais dificuldades no alcance de serviços imprescindíveis à manutenção da vida digna, essencial na execução dos planos de vida na sociedade de cooperação.

Paralelamente ao congelamento dos gastos em saúde pública, observa-se um cenário desalentador de desvio de verbas em esquemas de corrupção, com a constatação inequívoca de que nosso sistema não possui mecanismos eficazes para a adequada proteção do erário.

Em 2012, o Brasil ocupava o 73º lugar entre os países mais corruptos do mundo, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), desviando-se R\$ 200 bilhões por ano no país com a corrupção³⁹. A cifra impressiona quando se alerta que, em 2012, os gastos com saúde e educação no país alcançaram a cifra de R\$ 140 bilhões, valor muito inferior, portanto, ao desviado em corrupção.

Podem ser citados como exemplos recentes de casos expoentes de corrupção no país as investigações das Operações “Zelotes” (R\$ 5,7 bilhões, com perspectiva de desvio em R\$ 19 bilhões), conforme Matais (2015) e “Lava Jato” (R\$ 29 bilhões com demonstrações concluídas de desvios até 2016), conforme Coelho (2016).

Para além dos desvios por corrupção, o Brasil institucionalizou a desimportância e indiferença em relação à saúde pública. Conforme noticiado amplamente por todos os veículos de comunicação após a confirmação do Governo Federal, apenas no ano de 2016, a saúde pública teve um corte de 2,3 bilhões de reais no seu orçamento⁴⁰. Em 2015, o contingenciamento na saúde foi de 11,774 bilhões de reais⁴¹. A questão do contingenciamento suplanta questões partidárias e ideológicas, apresentando-se como diretriz política da administração pública brasileira.

³⁹ Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/jornaldaband/noticia/100000548222/corruptao-no-brasil-desvia-r-200-bi-por-ano.html>>. Acesso em 04 julho 2017.

⁴⁰ Disponível em <http://oglobo.globo.com/economia/governo-corta-mais-de-6-bilhoes-em-recursos-para-saude-educacao-18988015>. Acesso em 01 fevereiro 2017.

⁴¹ Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/economia/ajuste-fiscal-governo-anuncia-corte-de-69-9-bilhoes-de-reais-do-orcamento-6830.html>. Acesso em 01 fevereiro 2017.

Segundo Azevedo (2017), através da operação “Lava Jato”, o país conseguiu reaver 11,5 bilhões de reais desviados em esquemas de corrupção. Esse valor é absurdamente superior ao contingenciamento de 2,3 bilhões de reais da saúde pública efetivado em 2016.

Noticia-se amplamente a reprovabilidade dos investimentos em saúde que o país dispensa por habitante. Segundo Chade (2015), enquanto a média mundial permaneceu em U\$ 612,00 por habitante, o Brasil teria destinado U\$ 512,00 por habitante.

Segundo estimativa do Banco Mundial, o “gasto” em saúde *per capita* no ano de 2012, levantando-se o total das despesas públicas e privadas na saúde por habitante, incluindo não somente o atendimento eletivo, emergencial e preventivo, como também o planejamento familiar e nutricional, deixou o Brasil em 42º lugar, com a destinação de U\$1.056,47, ficando atrás de países como a Eslováquia (38º lugar – U\$1.325,81), Uruguai (39º lugar – U\$1.318,44), Guiné Equatorial (40º lugar – U\$1.138,24) e Chile (41º lugar – U\$1.103,36)⁴².

As Unidades de Pronto Atendimento (UPA), destinadas a dispensar um atendimento mais célere e eficaz à saúde, são estabelecimentos de saúde de complexidade dita intermediária (entre a atenção básica da saúde e a atenção hospitalar). Sua regulamentação ocorre pela Portaria 342/2013 do Ministério da Saúde, com redação alterada pela Portaria 104/2014. Segundo informações do próprio governo federal, as UPA funcionam 24 horas por dia, 07 dias por semana e podem resolver grande parte das urgências e emergências, “como pressão e febre alta, fraturas, cortes, infarto e derrame”. Segundo dado contido no site do Ministério do Planejamento, “nas localidades que contam com UPA, 97% dos casos são solucionados na própria unidade”⁴³.

A idealização dessas Unidades de Pronto Atendimento determinou sua instalação em três espécies, a depender do quantitativo de habitantes em cada cidade. A UPA de porte I funciona em cidades de 50 mil a 100 mil habitantes, podendo atender até 150 pacientes por dia (possui 07 leitos de observação). A UPA de porte II funciona em cidades de 100 mil a 200 mil habitantes, podendo atender até 250

⁴² Disponível em: <http://www.deepask.com.br/goes?page=Veja-ranking-de-paises-pelo-gasto-per-capita-com-saude>. Acesso em 01 fevereiro 2017.

⁴³ Disponível em <http://www.pac.gov.br/infraestrutura-social-e-urbana/upa-unidade-de-pronto-atendimento>. Acesso em 01 fevereiro 2017.

pacientes por dia (possui 11 leitos de observação). A UPA de porte III funciona em cidades de 200 mil habitantes a 300 mil habitantes, podendo atender até 350 pacientes por dia (possui 15 leitos de observação).

Os incentivos financeiros de investimento para uma UPA nova, aí incluídos a construção, mobiliários e equipamentos, varia de acordo com os seus portes. Para o porte I, destinam-se dois milhões e duzentos mil reais. Para o porte II, destinam-se três milhões e cem mil reais. Para o porte III, destinam-se quatro milhões de reais. Os valores são disciplinados pelo artigo 12 da já mencionada Portaria 342/2013 do Ministério da Saúde.

Acaso o valor da construção, destinação de mobiliários e equipamentos supere o valor afetado, a diferença deverá ocorrer pelos gestores locais ou pactuado pela Comissão Intergestores Bipartite (CIB) se o financiamento for conjunto entre estado e município.

Para além de se tentar induzir a um raciocínio de que as Unidades de Pronto Atendimento resolveriam todos os problemas da saúde pública nacional, se há um indicativo de alta capacidade de resolução de intercorrências no âmbito da UPA, conforme garantido pelo próprio Governo Federal, não há como deixar de mensurar que o fenômeno da judicialização da saúde tem na má gestão de resultados, no contingenciamento de verbas setoriais e nos desvios do erário pela corrupção possivelmente os seus maiores alçozes.

As questões apresentadas nos levam a refletir não apenas se o nó górdio para resolução dos problemas que afetam a saúde pública são, efetivamente, orçamentários, ou se estão direta e inequivocamente atrelados a um padrão comportamental de nossas instituições.

Acaso a segunda hipótese esteja adequada em sua formulação, pode-se sustentar que um prisma a ser diretamente enfrentado nos julgamentos paradigmáticos envolvendo a saúde pública situa-se na clara definição de problemas jurídicos e problemas políticos que afetam o direito à saúde e como o Poder Judiciário deve se comportar em relação ao segundo.

Essas questões serão tratadas no item seguinte.

4.3 PROBLEMAS POLÍTICOS E PROBLEMAS JURÍDICOS DA AFETAÇÃO JUSFUNDAMENTAL DA SAÚDE – O TITULAR DO DIREITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A discussão sobre a fundamentação teórica da titularidade do direito à saúde, enquanto direito fundamental, nem de longe se mostra desinteressante ao debate acadêmico. Na atualidade, ainda que se sustentasse que as linhas práticas da averiguação de como efetivar as prestações materiais decorrentes da previsão normativa do direito à saúde na Constituição Federal se apresentam como discussão expoente, a identificação inequívoca, clara e honesta dos pontos que norteiam esse debate são imprescindíveis para que todas as conclusões possam encontrar eloquência e pertinência no plano jurídico-constitucional.

Não por outra razão, devemos enaltecer a doutrina que adverte enfaticamente para o fato de que qualquer conclusão a que se chegue acerca da justiciabilidade do direito à saúde, com a pontuação de seu alcance e limites, passa pela menção de que, ao estudo dos direitos sociais, especificamente do direito à saúde, é necessária a apreciação e registro transparente de como se situa a titularidade desses direitos, a despeito do contexto histórico e social em que se positivaram e desenvolveram. Nesse sentido, é a advertência de Sarlet (2011, p. 118), Brito Filho (2012, p. 38) e Novais (2010, p. 20).

Em apertada síntese, podemos de imediato frisar que nossa posição, aderindo integralmente à doutrina defendida por Sarlet (2011, p. 117-147), é no sentido de que o direito à saúde apresenta uma titularidade simultaneamente individual e transindividual, permitindo, assim, a dedução da pretensão (individual e coletiva) de se obter prestações do sistema único de saúde, ainda quando fora de seus protocolos regulares e/ou excepcionais.

Pretendemos, aqui, efetivar um corte metodológico, necessário ao rigor da manutenção da discussão nos exatos limites do problema da pesquisa, para apresentar argumentos em sentido contrário que reputamos como problemas políticos relativos aos direitos sociais. Esses argumentos, em sua forma mais volumosa e densa, enaltecem a titularidade exclusivamente coletiva dos direitos sociais, motivo pelo qual a judicialização individual por prestações além dos protocolos do sistema único de saúde estaria absolutamente fora de questão. Ademais, também são numerosas as indicações de que, embora não se questione a fundo a titularidade

desses direitos através de sua estrutura normativa, a concessão de decisões garantindo individualmente o acesso a medicamentos e tratamentos fora do âmbito do sistema único de saúde geraria tumulto e desorganização na gestão do sistema, afetando seriamente as contas públicas.

Assim, muito distantes de exaurir completamente o debate, como também distantes de estabelecer extenso rol de doutrinas sobre o tema, optamos, por uma questão metodológica, ratifique-se, por concentrar-nos no que se apresenta como o debate antagônico mais efervescente na doutrina e jurisprudência brasileiras, que propiciará coesão com o capítulo seguinte.

Em suma, o nosso ponto de partida é averiguar a pertinência de se outorgar ao direito à saúde a titularidade simultaneamente individual e transindividual e isso exige compreender como se posicionou o Estado Social na positivação e resolução de direitos que abrangem uma dimensão coletiva para a comunidade.

Nessa linha de raciocínio, afirmamos que as modificações políticas inauguradas pelo Estado Social em relação ao antecessor Estado Liberal se apresentavam com nuance de reposicionar o Estado na solução de determinadas questões sociais, aí incluída a pauta da saúde pública.

Poder-se-ia dizer que não se tratou da abdicação dos direitos expoentes positivados, em maior abrangência, pelo Estado Liberal, representados pelos direitos civis e políticos. Passa-se pelo processo de aglutinação de novas demandas do próprio indivíduo, em que pese sua apresentação no âmbito de uma postulação coletiva, como na hipótese do movimento sindical. Os direitos sociais, então, passam a ser tratados com um novo viés por parte do Estado Social.

Nesse sentido, veja-se a manifestação de Novais (2010, p. 20):

A adjectivação “social” não tem, portanto, como por vezes se admite, sobretudo em alguma doutrina brasileira, um sentido de *socialização* ou *colectivização* tomado em contraposição a “individual” ou a “privado”, mas antes um sentido directamente *político*, relativo à evolução constitucional clássica de Estado de Direito *liberal* para Estado de Direito *social*, portanto, um sentido que se pode tomar como politicamente referido à assunção, por parte do Estado, do comprometimento com os fins de resolução da chamada *questão social*.

A questão, portanto, é de resolatividade. Não de afetação da titularidade do direito, ou mesmo de uma transformação de sua estrutura normativa, não obstante a forma de manifestação e execução do Estado, no campo das prestações, ocorra de forma ordenada por intermédio das políticas públicas sob sua coordenação.

Não por outra razão, Sarlet (2011, p. 129) assevera:

(...) nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem mesmo a inserção de ambos os grupos de direitos em duas distintas dimensões ou gerações, foi em si pautada pelo critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais. Pelo contrário, direitos sociais (...) surgiram – como, de resto, os direitos humanos e fundamentais de um modo geral – a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais – na condição de direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada, embora sempre da pessoa situada num contexto social e intersubjetivo.

Em linhas similares, Brito Filho (2012, p. 139) preleciona:

Pensar diferente é imaginar que o ser humano, em relação ao direito à saúde, é somente parte de um todo, e que basta uma política geral para que o direito seja preservado, como se os problemas de saúde não se manifestassem de maneira individualizada em cada pessoa, como se as particularidades dos indivíduos não os levassem a ter ou não determinados agravos à sua perfeita condição física e mental; como se as necessidades de todos fossem sempre as mesmas. É óbvio que não é assim.

Entrementes, assegurar que o exercício de um direito ocorra em esfera de coletividade não retira, de forma alguma, a conotação de sua titularidade individual. A coerência desse raciocínio pode ser observada em linhas categóricas traçadas por Brito Filho (2014, p. 229), ao refutar o marxismo enquanto teoria de distribuição de bens fundamentais:

É que no marxismo não haveria espaço para considerações a respeito dos direitos da pessoa sob o aspecto individual, pelo que mesmo a distribuição dos recursos sociais estaria prejudicada pela ótica sempre coletiva que é dada a esses bens, e que gera uma incompletude, pois até os direitos sociais são fruídos sob o ponto de vista individual.

Nesse aspecto, caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo-se um direito subjetivo individual à prestações em matéria de saúde.

Tome-se, por paradigma, o voto proferido pelo Ministro Celso de Melo no recurso de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286-8/RS⁴⁴:

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Assim, há notória pertinência desse raciocínio com a teoria ralsiana, garantindo-se a atenção do Estado, para efeito de delimitação da estrutura básica da sociedade a fim de que todos os indivíduos reúnam condições adequadas na perseguição e concretização de seus planos racionais de vida.

Como sustenta Sarlet (2011, p. 132), a observância às necessidades individuais e às peculiaridades de um caso concreto constitui-se como condição precípua de respeito à dignidade da pessoa humana, que, a despeito de sua dimensão comunitária (aí revelada pela noção do indivíduo socialmente responsável e solidário), diz com a pessoa concreta, considerada no âmbito de sua individualidade.

E, é justamente por esse núcleo de proteção que, não procede a arguição de que a eventual tutela individual, assegurando direitos que, em princípio, não são assegurados de plano a outros (pelo menos na dicção normativa do sistema único de saúde), quebraria a regra de isonomia no acesso (acesso igualitário ao SUS).

Obviamente, a arguição generalizada desse argumento não apenas coloca em risco a própria dignidade concreta do indivíduo, como também ignora a franca possibilidade de realocação de recursos e/ou dotações suplementares (SARLET, 2011, p.137-138).

⁴⁴ O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, relatado pelo Ministro Celso de Melo, foi julgado pela Segunda Turma do STF em 12.09.2000. Por unanimidade, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a condenação originária aos entes federativos (Município de Porto Alegre e Estado do Rio Grande do Sul) na dispensação de medicamentos a paciente com HIV. Embora seja importante destacar que o próximo capítulo é destinado, dentre outros temas, a tratar da judicialização da saúde no âmbito do STF em discussão mais minuciosa, asseveramos, de antemão, a relevância desse julgado para construção de uma teoria que assegure o ajuizamento de ações individuais para além do contexto coletivo das políticas públicas.

Nesse sentido, é despidiendo repetir todos os dados já citados sobre contingenciamento do orçamento da saúde pública, que se vem tornando rotina na gestão pública sob as mais diversas justificativas.

Não se ignora, contudo, a franca necessidade de se estabelecer precedente vinculante acerca das condições em que o reconhecimento do direito pode ser considerado factível e plausível a partir da prestação postulada. Nesse aspecto, veja-se que o próprio Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 238/2016, com objetivos diretamente ligados à regulamentação dos Comitês Executivos de Saúde nos estados e à própria especialização de varas de saúde pública nas unidades com mais de uma vara com competência na matéria de fazenda pública, levou em consideração o conceito de medicina baseada em evidência⁴⁵ para balizar as decisões em matéria de saúde, quer no âmbito litigioso, quer no pré-processual.

Em resumo, se a titularidade de um direito fundamental, expoente como a saúde, não pode ser ignorada em seu aspecto individual, a negativa à demanda sob a justificativa de sua impossibilidade de apreciação fora da esfera coletiva se caracterizaria, efetivamente, como um problema jurídico a ser enfrentado pelo Poder Judiciário?

O constitucionalismo lusitano tem firmado debate sobre esse tipo de resolução, consistente no enfrentamento de qualquer dificuldade orçamentária decorrente de um direito à prestação para além do sistema único de saúde, por exemplo, sugerindo-se que se apresentaria, essencialmente, como um problema político.

Conforme Novais (2010, p. 30):

(...) o juiz não pode decidir o caso em apreciação recorrendo a argumentos relativos à bondade global da política de direitos sociais prosseguida pelo Estado ou em função de saber o que é melhor ou pior para a realização dos direitos sociais no seu conjunto. Aquilo que o juiz tem de decidir é se há ou não um direito e com que alcance; se há ou não violação do cumprimento do dever correlativo por parte do Estado; se há ou não inconstitucionalidade e com que consequências e, em geral, qual a margem que lhe cabe, enquanto juiz, na solução do caso concreto que tem de decidir.

Não desprezamos ou diminuímos, de forma alguma, a discussão desses complexos problemas políticos que são inerentes à efetivação dos direitos sociais. Contudo, posicionamo-nos no sentido de que, por mais difícil que seja a tarefa de

⁴⁵ Reputamos ser conveniente deixar a análise desse conceito para o capítulo seguinte, onde trataremos de questões relativas ao cenário mais amplo da judicialização da saúde no Brasil.

julgar observando o eventual tratamento autônomo desses problemas jurídicos e políticos, é vedado ao Poder Judiciário oferecer resistência, a princípio e em regra geral, ao reconhecimento de um direito social baseado em questões totalmente voltadas ao campo da esfera política. Esse tem sido o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos expoentes envolvendo direito à saúde.

Há, ainda, um ponto a ser mencionado nessa questão, que foge à possibilidade de ser amplamente esmiuçado nesse capítulo para além do que já foi feito nos capítulos anteriores. Tal diz respeito ao campo oportuno e adequado para o debate e resolução do problema político gerado a partir de decisões judiciais envolvendo os direitos sociais.

Em relação ao fenômeno da judicialização da saúde, critica-se o âmbito do *locus* (individual quando deveria partir-se para o coletivo). O julgamento do recurso extraordinário 566.471/RN nos apresenta um cenário de proximidade de precedente vinculante não apenas em relação à possibilidade de se demandar ente federativo para dispensação de medicamento de alto custo, fora, portanto, do âmbito do SUS (ou seja, se é possível e, em sendo possível, em que hipóteses essa postulação é viável), como também assentando a posição do STF acerca da possibilidade de que essa demanda se apresente individualmente.

Logo, acaso o STF mantenha-se nos trilhos de sua jurisprudência e seguindo os fundamentos dos três votos até então proferidos em plenário, decidir-se-á, em caráter vinculante, ser possível a um indivíduo postular dispensação de medicamentos fora das ações coletivas.

Decisão desse viés mudará os rumos dos debates acadêmicos, os quais serão então debruçados também na questão dos problemas políticos, ou seja, como adequar os resultados (e impactos financeiros) dessas demandas ao sistema.

Perceba-se que no cerne desse julgamento, ainda que com posição não absolutamente literal, o STF terá que responder à sociedade se o sistema único de saúde se apresenta como uma “estrutura básica” equitativa. De antemão, entendemos que o já positivado acesso igualitário não torna o SUS equitativo por tratar a questão da saúde de forma rigorosamente homogênea a todo e qualquer indivíduo, independentemente da peculiaridade do seu caso.

Contudo, poder-se-ia sustentar que a equidade da estrutura resta garantida pela decisão judicial que alarga a visão para alcançar além da política pública, no estrito

respeito ao direito fundamental e ao indivíduo enquanto ser destinatário de igual consideração pelo Estado Democrático e Social de Direito.

Frise-se que, nesse aspecto, a teoria ralwsiana centraliza o ideal de delineamento da estrutura básica no âmbito parlamentar, como vimos no capítulo I, ao tratar da sequência de quatro estágios de retirada do véu da ignorância.

Impõe destacar que nosso congresso nacional está absolutamente desconectado da política enquanto representação democrática, o que legitima o Poder Judiciário a ratificar e respaldar a efetividade do direito à saúde no âmbito de uma demanda concreta quando demonstrada escancarada violação que proporcione supressão da capacidade do indivíduo de realização de seus planos racionais de vida.

O STF já se posicionou a respeito, a quando da paradigmática ADPF 45⁴⁶, ainda que em decisão monocrática. Sobre a legitimidade do Poder Judiciário em torno da avaliação de políticas públicas, em decorrência de inércia estatal, veja-se trecho do entendimento do relator, Ministro Celso de Melo:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. 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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), 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 políticos-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 (...).

(STF - ADPF 45, DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 29/04/2004. Data de Publicação: 04/05/2004. p. 12).

⁴⁶ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, relator o Ministro Celso de Melo, tem servido há anos de paradigma para fundamentar decisões em matéria de direitos sociais, ainda que seu mérito não tenha sido julgado. Prevalece, contudo, a relevância dos fundamentos invocados pelo relator para legitimar a avaliação excepcional e residual do Poder Judiciário de direitos fundamentais executados em políticas públicas.

Não por outra razão, Dias (2007, p. 97) destaca que o ambiente da razão pública é configurado no embate eleitoral, mas não apenas aí, como também quando os cidadãos discutem acerca das bases da atividade legislativa sobre as questões de base e também perante o Poder Judiciário. Por essa razão, enaltece o papel do Poder Judiciário em uma sociedade justa e bem ordenada, a partir de um modelo de democracia constitucional dualista desenhado na concepção rousseauiana, a fim de assegurar que iniciativas legislativas posteriores não tenham o efeito de comprometer a garantia de direitos fundamentais.

Isso nos conduz a ratificar a compreensão de que o Poder Judiciário não pode cercear a efetividade de um direito fundamental, exclusivamente sob a ótica argumentativa das consequências políticas dessa decisão, sobretudo porque a positividade normativa da saúde não está no orçamento, não se aprisionando na lei orçamentária.

4.4 O DEBATE SOBRE O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE – O SISTEMA DA UNIVERSALIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PERMITE EXCLUSÃO?

Não obstante tenhamos deixado para o próximo capítulo a análise mais detida dos julgamentos que versam sobre as ações individuais no contexto de assegurar o direito à saúde, sobretudo por uma questão de organização e lógica, a discussão sobre a eventual aplicabilidade da subsidiariedade no SUS (estabelecer um limite subjetivo para o acesso universal) impõe um posicionamento imediato sobre matéria ora em julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Explicamos. Tramita perante o Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário 566.471/RN, no qual foi reconhecida a repercussão geral (que influencia todos os processos em curso no país, em todas as instâncias, frisando-se que a fundamentação da decisão deverá ser observada nos julgamentos das demais ações e recursos) acerca da matéria dos medicamentos de alto custo, ou melhor, a averiguação de obrigatoriedade (ou desoneração) dos entes federativos dispensarem medicamentos de alto custo, não elencados formalmente na Política Nacional de Medicamentos ou no Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, que formavam a base de protocolos do SUS.

Em apertada síntese, trata-se de resistência do Estado do Rio Grande do Norte em dispensar à paciente Carmelita Anunciada de Souza o medicamento “Sildenafil

50mg”, destinado ao tratamento de “miocardia isquêmica” e “hipertensão arterial pulmonar”. O ente federativo entendeu que o alto custo da medicação e a ausência de previsão da mesma na Política Nacional de Medicamentos o desonerava de atender ao pedido da paciente.

Ajuizada a ação para compelir o ente federativo a dispensar a medicação, o juízo de 1º grau de jurisdição julgou procedente o pedido, confirmando os efeitos de tutela de urgência antes concedida, obrigando o estado do Rio Grande do Norte a dispensar o medicamento à paciente, decisão mantida em grau de recurso junto ao Tribunal de Justiça daquele estado.

Alçado o debate em grau de recurso extraordinário, foi reconhecida a repercussão geral para afetação dos demais processos nos quais se discutia a eventual obrigatoriedade dos entes federativos dispensarem medicamentos de alto custo, não previstos em protocolos do SUS.

É interessante mencionar que, em 10 de novembro de 2015, o Estado do Rio Grande do Norte informou ao Ministro Relator a perda superveniente do objeto do recurso, na medida em que a medicação postulada passou a ser disponibilizada no âmbito da assistência farmacêutica do SUS. Ainda assim, a decisão do Ministro Relator foi de não aceitar a manifestação e invadir o julgamento do mérito do recurso, em razão da repercussão geral reconhecida, propiciando a pacificação da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal e nas demais cortes de justiça, em função da fixação de precedente vinculante, a ser aplicado, portanto, nas demais ações e recursos.

Antes de adentrarmos na exposição do ponto de vista até então firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal – destacando-se que três votos já foram apresentados nesse julgamento, suspenso após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki –, é imperioso mencionar o que se pretende averiguar nesse item.

A concretização do direito à saúde ocorre, conforme regramento constitucional, através de políticas públicas desenhadas e executadas para atender ao interesse do cidadão. Conforme já adiantamos em linhas anteriores, o Sistema Único de Saúde registra acesso igualitário e universal.

Nesse diapasão, acaso se admita como plausível a possibilidade de ajuizamento de ações individuais para se obter a dispensação de medicamentos não previstos nos protocolos do Sistema Único de Saúde, o eventual atendimento desse pleito importaria reconhecer que deve ser fixado algum tipo de baliza ao julgador, para impor

limites de acesso ao sistema? O critério econômico poderá ser utilizado no raciocínio em questão? Mais especificamente, é possível fazer incidir, no caso em concreto, norma de subsidiariedade, a fim de atender unicamente aos pleitos de indivíduo financeiramente impossibilitado em adquirir o medicamento?

São perguntas sobre as quais, atualmente, está debruçado o Supremo Tribunal Federal e, como veremos, ainda está longe de apresentar uma resposta plausível a todas elas e de se posicionar de forma eloquente e incisiva.

Já apresentamos nesse trabalho a ideia de que a equidade no sistema único de saúde é um ponto nevrálgico para o êxito de seu empreendimento. Também já destacamos que a simples afirmação de que o acesso ao sistema deve ser igualitário, por si só, não é suficiente para resolver o problema das ações individuais.

Pautados na tônica da justiça como equidade, alguns poderão sustentar que o próprio Rawls (2008, p. 78) determina que as diferenças sociais que acarretam desvantagens só poderão ser aceitas, em última análise, se permitirem vantagens para todos, devendo ocorrer ajustes por meio da tributação para atendimento de necessidades dos mais necessitados, aí compreendidos os economicamente desfavoráveis.

A leitura, contudo, embora literal, não parece ser a mais consentânea com a essência do pensamento rawlsiano. Inicialmente, é prudente assinalar que Rawls (2008, p. 09) jamais pretendeu descer sua teoria a minúcias ou hipóteses do cotidiano. A teoria da justiça como equidade, na realidade, volta-se à explicação eloquente de como dotar a estrutura básica da sociedade de princípios de justiça aptos a regular os conflitos existentes.

Os debates sobre a teoria, contudo, proporcionaram comparações e ilações ao contexto social, inclusive destacados por Dworkin (2014, p. 700), quando repudiou as críticas de Amartya Sen, no sentido de que a justiça como equidade era despida de conotação prática para correção de desigualdades.

Perceba-se que John Rawls (2008, p. 10) não se afasta da compreensão de que o conceito de estrutura básica da sociedade é um tanto vago, concluindo-se que as nuances da justiça podem sofrer alterações a partir de cenários políticos, econômicos e sociais turbulentos.

Nosso trabalho, como já frisado exaustivamente, centraliza-se na ideia de que uma sociedade de cooperação não permite uma exclusão a ponto de permitir que circunstâncias de uma loteria natural afetem um indivíduo na consecução de seus

planos racionais de vida. Indo além, a leitura mais arrojada da justiça como equidade permite interpretar institutos políticos, tal qual o Sistema Único de Saúde, como inerentes ao conjunto da estrutura básica da sociedade, ainda que não se questione ser a saúde um bem natural. Aqui, embora o Estado não possa se imiscuir na dotação natural em relação à saúde, deve propiciar condições adequadas para que os integrantes da sociedade possam usufruir de um sistema que permita, efetivamente, o exercício de suas liberdades na concretização de seus planos racionais de vida.

Afastar um indivíduo da luta pela consagração da saúde, em se tratando de medicamentos de alto custo, não previstos nos protocolos citados do Sistema Único de Saúde, sob o argumento de que sua condição financeira é superior a de determinada parcela da sociedade brasileira, não propicia os elementos formadores da sociedade de cooperação e acaba por criar um critério subjetivo impossível de delimitar e fundamentar em decisão judicial.

Imagine-se que se coloque em dois planos distintos o filho de um servidor público de alto escalão, cujo salário seja de vinte e seis mil reais, e o filho de um auxiliar de serviços gerais, cujo salário não ultrapasse dois mil reais. Ambos acometidos da mesma patologia, para a qual os médicos indicam medicamento não acobertado pelos protocolos do sistema único de saúde.

A patologia é gravíssima e, acaso não imediatamente tratada, levará o paciente a óbito.

Esse medicamento é considerado de alto custo, com valor de dez mil dólares ao mês. O tempo de uso da medicação ocorre pela orientação do profissional de saúde, pelo menos pelo tempo necessário a debelar o risco de morte.

A leitura de que o medicamento de alto custo, não previsto nos protocolos do Sistema Único de Saúde, somente pode ser dispensado aos economicamente desfavorecidos, é fatal para o filho do servidor público, pois, não obstante seu pai tenha logrado êxito em galgar posição a cargo que lhe proporcione conforto financeiro, certamente o custo mensal da medicação retira por completo a possibilidade de arcar com as despesas corriqueiras de uma família.

Também não se deve deixar passar ao largo desse debate que as ações individuais de saúde, muitas vezes, provocam a inclusão do medicamento ali reclamado nos protocolos do Sistema Único de Saúde, como ocorreu no caso do recurso extraordinário 566.471/RN.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal vem postergando uma decisão mais objetiva e clara nesse aspecto, o que se verifica desde o julgamento do agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175/CE, sendo relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que é direito de todo cidadão carente receber medicamentos e tratamentos médicos.

O fato está a se repetir no julgamento do recurso extraordinário 566.471/RN, conforme voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), senão veja-se: “Nos casos de medicamentos em geral, há pronunciamentos das Turmas no sentido do dever do Estado quando verificado o binômio imprescindibilidade do medicamento/incapacidade financeira do paciente em adquiri-lo”.

Reputamos que a matéria específica sobre a imprescindibilidade do medicamento envolve não apenas a franca demonstração nos autos acerca da necessidade do paciente, mas, sobretudo, da verificação inequívoca de que o medicamento apresenta resultados científicos comprovados, o que engloba o conceito de “medicina baseada em evidências”, sobre o qual trataremos oportunamente no capítulo seguinte.

Aqui, especificamente, interessa o primeiro item do paradigma: a incapacidade financeira do indivíduo.

Como delimitar economicamente esse conceito?

Para além de incutir um conceito extremamente vago, o Ministro Relator permitiu uma leitura mais amena de seu voto ao deixar transparecer a própria impossibilidade de se determinar o que seria a impossibilidade econômica, senão dentro do caso concreto.

Após tecer linhas sobre a necessidade do julgador atestar a imprescindibilidade do medicamento postulado, reafirma a incidência de um fator subjetivo de análise, como segunda determinante, senão veja-se:

O outro elemento, este de caráter subjetivo, é a incapacidade financeira. O dever de tutela estatal do mínimo existencial estará definitivamente configurado se provada a ausência de capacidade financeira para aquisição de medicamento reconhecidamente adequado e necessário ao tratamento de saúde do indivíduo.

O Ministro aplica não apenas a regra de subsidiariedade que combatemos no Sistema Único de Saúde, criando um patamar hermético de viés econômico, onde

apenas as pessoas consideradas financeiramente incapacitadas por um julgador poderiam obter os medicamentos gratuitamente, como também aplica a subsidiariedade familiar, devendo ser demonstrado nos autos que a família solidária do paciente, aí incluídos o cônjuge/companheiro, os ascendentes, descendentes e irmãos, não possam adquirir o medicamento pelos seus próprios recursos.

Para além de mencionar a problemática do desequilíbrio econômico que uma situação dessa possa gerar no âmbito familiar, em largo espectro, havendo necessidade de manusear, muitas vezes, ações de alimentos para responsabilizar parentes, quando o risco de morte enseja a adoção de medidas urgentes, não se pode deixar de mencionar que a saída encontrada contraria frontalmente as linhas da fundamentação do Ministro para a concessão e reconhecimento do direito.

Nas linhas apresentadas no voto, acompanhando a evolução jurisprudencial da Corte, poder-se-ia afirmar que, não obstante a proteção da saúde, enquanto mínimo existencial, legitimadora da outorga de chancela jusfundamental à saúde, a categoria econômica do indivíduo poderia lhe despir desse direito fundamental.

A incapacidade financeira também foi um dos primeiros requisitos indicados pelo Ministro Luís Roberto Barroso para respaldar a dispensação de medicamentos de alto custo no julgamento do mesmo recurso extraordinário 566.471/RN.

Embora não tenha mencionado a questão diretamente, o Ministro Edson Fachin proferiu seu voto mencionando a jurisprudência da Corte, o que nos encaminha à compreensão de que aderiu à tese da subsidiariedade.

Aqui voltamos à discussão da diferenciação entre problemas jurídicos e problemas políticos do direito fundamental à saúde, já inaugurada no constitucionalismo português, como frisamos anteriormente.

Questão a ser enfrentada sem obstáculos é a de que os medicamentos de alto custo, como o próprio nome já sugere proporcionam um desequilíbrio financeiro e, não raro, até mesmo a impossibilidade de sua aquisição. Usualmente, não são medicamentos triviais de se adquirir em farmácias e, não raro, somente são comercializados por poucos fabricantes, dificultando o acesso aos mesmos e encarecendo o produto.

Observe-se que, a bem da transparência, poderá haver casos em que pessoas extremamente abastadas apresentarão condições de reunir recursos suficientes para a aquisição da medicação, sem que isso interfira, de qualquer forma, na rotina financeira de vida de uma família.

O que se veicula, contudo, é que grande parte das ações em que se discute a dispensação de medicamentos de alto custo se dá por famílias com condições de pagar advogados para o patrocínio da causa, como se a contratação de um advogado pudesse refletir signos presuntivos de riqueza.

Não compreendemos que nosso ordenamento crie essas estratificações, muito menos acreditamos que o Supremo Tribunal Federal esteja esclarecendo a matéria no âmbito desse recurso extraordinário. Analisaremos, doravante, como a Suprema Corte vem assentando seu entendimento em torno da judicialização da saúde, inclusive em relação à fixação de limites ao alcance desse direito, destacando-se a relevância dos trabalhos desenvolvidos pelo Conselho Nacional de Justiça em torno do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde e os frutos advindos das resoluções firmadas no intuito de propiciar a otimização da gestão do Poder Judiciário em relação ao fenômeno, inclusive para subsidiar os magistrados brasileiros com instrumentos necessários ao julgamento das ações em que se postulam prestações junto ao Sistema Único de Saúde.

5 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Ao longo desse estudo procuramos demonstrar que é plenamente possível, regular e legítimo o ajuizamento de ações individuais com o intuito de compelir os entes federativos vinculados ao Sistema Único de Saúde à dispensação de medicamentos, insumos e tratamentos para além das políticas públicas já estabelecidas.

Também nos concentramos em demonstrar que o liberalismo igualitário é uma teoria adequada para respaldar a aceitação dessas ações individuais no contexto de nosso ordenamento jurídico.

Os capítulos anteriores foram todos delineados nesse sentido, pontuando-se as questões necessárias para que essas ponderações – de possibilidade e fundamentação – se apresentassem convincentes e pertinentes. Doravante, abordaremos a fundamentação das decisões judiciais paradigmáticas que acolheram esse entendimento, ainda que a teoria ralswiana não seja aplicada diretamente a um caso concreto.

Observamos, principalmente no âmbito da suprema corte brasileira, que as discussões travadas não se afastam, ainda que de forma subliminar, da análise do direito à saúde pela ótica da justiça (re) distributiva e do prisma da pontuação da saúde enquanto direito fundamental, com destaque à sua faceta individual, o que asseguraria o ajuizamento de ações individuais.

Contudo, já no ano de 2009, podemos pontuar uma preocupação marcante do Supremo Tribunal Federal com o fenômeno da judicialização da saúde e suas consequências, tanto para a organização e gestão do Poder Judiciário, como para os efeitos que as decisões judiciais provocavam na economia brasileira.

Efetivaremos, assim, o destaque necessário à audiência pública nº 4 promovida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, com o intuito de angariar o processo de legitimação democrática a uma decisão que se apresentaria relevantíssima no cenário nacional. Antecipamos que justamente as discussões ali travadas propiciaram o desencadeamento do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a saúde, marco institucional do enfrentamento do fenômeno da judicialização da saúde enquanto grave problema da sociedade brasileira.

No presente capítulo, buscaremos contextualizar os julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal antes e depois da audiência pública de 2009, fator importante para a compreensão da construção do pensamento jurídico em um sistema de precedentes, não sem antes discorrer sobre a proeminência do Conselho Nacional de Justiça na árdua missão de enfrentar esse fenômeno, permitindo a catalogação de dados que geraram as diretrizes necessárias para a efetivação dessa tarefa.

A partir da leitura das decisões paradigmáticas e da compreensão do pensamento ali construído, destacaremos os limites impostos no alcance do direito à saúde, com especial relevo à aplicação da medicina baseada em evidências enquanto fator de legitimação da decisão judicial que promove prestações para além das políticas públicas.

Por derradeiro, trataremos da análise das novas perspectivas para a judicialização da saúde, com um pensamento para o futuro, após a fixação de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O FÓRUM NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE

Como já ressaltamos nos capítulos anteriores, a discussão proeminente acerca do direito à saúde gira em torno de um debate entre duas concepções destacadas. A primeira delas, sob o argumento central de que o tratamento conferido à saúde na Constituição Federal de 1988 se assenta em tônica de norma de cunho social, portanto, a ser deduzido o direito a partir de políticas públicas concebidas e estruturadas pelo Estado, decorrentes de limitações orçamentárias preestabelecidas, onde se concentrariam as análises sobre a teoria da reserva do possível e das escolhas trágicas, dentre outras.

Em contrapartida, há sustentação no sentido de que se trata de direito fundamental, portanto, direito público e subjetivo, sendo possível, no contexto da justiciabilidade dos direitos humanos, exigir uma prestação positiva e individual do Poder Público para garantia de sua efetividade.

No âmbito desse debate⁴⁷, questiona-se acerca da possibilidade de se demandar os entes federativos vinculados ao Sistema Único de Saúde para disponibilização de

⁴⁷ Ratificamos que a matéria está em fase de julgamento no Supremo Tribunal Federal através dos Recursos Extraordinários 566.471/RN e 657.718/MG. Ambos os recursos tiveram repercussão geral

medicamentos de alto custo, não necessariamente registrados na ANVISA. Em relação a esse caso, perdura, também, o debate acerca da possibilidade de que tais medicamentos de alto custo sejam dispensados apenas aos mais necessitados ou a qualquer cidadão, em decorrência da universalidade norteadora do sistema de seguridade social.

Conforme Lamarão Neto e Brito Filho (2016, p. 85) a compreensão de que o direito à saúde somente pode ser deduzido a partir das políticas públicas impediria a discussão de sua efetividade em ação individual, exceto para exigir o cumprimento de medida já prevista nas políticas estatais disponíveis. Assim, seria incabível discutir judicialmente o acesso a qualquer tratamento médico ou obtenção de medicamento não taxativamente garantido pelo Sistema Único de Saúde.

Ainda que os argumentos acerca do primeiro prisma não sejam centralizados em torno do conceito de norma programática, é importante frisar que muitos deles se encontram encadeados logicamente, porém despidos de uma necessária exposição prévia acerca de qual teoria da justiça legitimaria a adoção do raciocínio normativo apto a propiciar a conclusão no sentido de que o indivíduo não possui um direito *prima facie* a ser deduzido diretamente contra o Estado.

Com efeito, muitos desses argumentos prendem-se a uma concepção consequencialista de análise de resultados orçamentários, sempre partindo do pressuposto de que a escassez de recursos é um fator de limitação razoável para que não se possa exigir do Estado absolutamente nada além do que fora previsto em sua regulamentação de distribuição de serviços e medicamentos.

Prendem-se, ainda, a uma suposição de hígidez do sistema orçamentário, corriqueiramente não abordando questões – que não são periféricas – como o desvio de verbas pela corrupção ou o contingenciamento deliberado por diretrizes políticas, nem sempre balizadas pelo interesse público primário – o qual deve nortear a conduta de qualquer agente público. Portanto, tornam-se lacônicos por não justificarem que, de forma recorrente, um número⁴⁸ muito elevado das ações judiciais em tramitação

reconhecida, influenciando, assim, todos os processos em andamento no país. Até o encerramento deste estudo, o Ministro relator Marco Aurélio já havia proferido seu voto, sob o entendimento de que os entes federativos podem ser obrigados a fornecer medicamentos de alto custo, ainda que não constantes nos protocolos do Sistema Único de Saúde, desde que: a) estejam registrados na ANVISA; b) houver demonstração de incapacidade financeira do paciente e de sua família para aquisição. Também proferiram os seus votos os Ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. O julgamento dos recursos foi suspenso após pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

⁴⁸ Nesse aspecto, entendemos prudente ressaltar que qualquer abordagem que se pretenda fazer sobre as nuances da judicialização da saúde não pode desconsiderar uma análise mínima sobre o Fórum

apenas e tão somente busca garantir o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes, conforme ressalta Nobre (2011, p. 363).

O resultado desse cenário é a concentração de uma verdadeira avalanche de ações no Poder Judiciário, onde se questiona desde o descumprimento de protocolos da atenção básica, como exames e consultas, até as discussões mais contundentes, envolvendo dispensação de medicamentos de alto custo.

Esse é o contexto em que se suscitou o ajuizamento de um pedido de suspensão de tutela antecipada (STA 175/CE) perante o Supremo Tribunal Federal, caso paradigmático que culminou com uma arrojada e imprescindível providência tomada por parte do Supremo Tribunal Federal - e do Conselho Nacional de Justiça – no âmbito do enfrentamento da judicialização da saúde.

O julgamento ilustra a interposição de agravo regimental pela União contra a decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal. À época o então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada (n.º 175), formulado pela União, (nela continha apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

O referido Tribunal Regional Federal havia concedido a antecipação de tutela recursal (no julgamento da apelação interposta) para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (princípio ativo Miglustate), em favor da paciente. Contra essa decisão, foi formulado pela União pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) alegando-se grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, em razão de que o medicamento possuía alto custo, estando fora da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) distribuídos pelo SUS, não possuindo, também, registro na ANVISA.

Na decisão atacada pela via do recurso de agravo regimental, a que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, não foi constatada grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, imprescindíveis para a decretação da suspensão almejada.

Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, pois as políticas públicas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça contribuíram de forma decisiva para o seu enfrentamento. Se a pesquisa se pautar em dados quantitativos, necessariamente a abordagem deve ter como parâmetro base o programa “Justiça em Números”, também do Conselho Nacional de Justiça, imprescindível fonte de divulgação das estatísticas judiciárias oficiais.

Contra essa decisão, foi interposto recurso de agravo regimental.

Segundo trechos extraídos do voto do relator do agravo regimental, narrava-se o caso de uma paciente, mulher de 21 anos de idade, portadora da patologia denominada “Niemann-Pick tipo C”, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas (fl. 29 dos autos). Os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29 dos autos).

Os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatavam que o uso do medicamento Zavesca (princípio ativo miglustate) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de “Niemann-Pick Tipo C” (fl. 30 dos autos). A família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês. Assim, segundo o acórdão impugnado, havia prova pré-constituída de que o medicamento buscado seria considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com alguma qualidade (fl. 108 dos autos)⁴⁹.

Para subsidiar o julgamento do recurso, foi determinada a realização de audiência pública na qual a promoção de debates técnicos com profissionais de saúde, atuantes de diversos setores, jurídicos e também outros vinculados à administração do sistema único de saúde, pudessem fornecer elementos esclarecedores das nuances do julgamento, as questões técnicas que cercavam a recomendação de determinadas medicações à patologias raras e o sistema de avaliação de protocolos do SUS.

Foram realizadas seis sessões para a audiência pública em questão, nos dias 27, 28 e 29 de abril, 04, 06 e 07 de maio do ano de 2009. Em torno de cinquenta especialistas foram ouvidos.

O Supremo Tribunal Federal, após ouvir abalizadas opiniões na audiência pública, as quais se centralizaram nos mais diversos matizes, concluiu que o Poder Público deveria dispensar à paciente a medicação almejada, na medida em que seu

⁴⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acessado em 10 de abril de 2017.

alto custo justificava a impossibilidade de aquisição, porém poderia ser atendido pelo Programa de Dispensação Excepcional de Medicamentos de Alto Custo (já revogado) vigente, salientando-se que essa medicação estaria devidamente registrada na ANVISA, a contrário do que havia sido alegado nos autos.

Não pretendemos, nesse momento, fazer qualquer ponderação em relação aos critérios de fundamentação da decisão judicial, mas essencialmente pontuar o cenário em que foi formada, sobejamente porque pode ser alçada a um panorama de extrema relevância em decorrência dos debates prévios ali travados.

Ao convocar a audiência pública para subsidiar a decisão, o Supremo Tribunal Federal marcou com exponencial caráter o julgado na medida em que, para além da dicção do direito à saúde, o debate científico e o diálogo interinstitucional foram peças imprescindíveis ao resultado da prestação jurisdicional, propiciando inegável legitimação democrática na formação de um precedente, embora não vinculante, porém persuasivo.

A partir dessa visão ampliadora em torno do debate científico e do diálogo interinstitucional, como também levando em consideração os resultados da audiência pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para subsidiar a decisão em sede de recurso, o Conselho Nacional de Justiça constituiu um grupo de trabalho para elaboração de relatório e diretrizes acerca de como o Poder Judiciário deveria se posicionar perante o fenômeno da judicialização da saúde. Os trabalhos do grupo culminaram com a aprovação da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 06 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução nº 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde.

O Fórum da Saúde possui as seguintes incumbências: a) o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; b) o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; c) a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; d) a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito

sanitário; e) o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Segundo Schulze e Gebran Neto (2015, p. 83), a atuação do Fórum da Saúde do CNJ tem por finalidade a redução da judicialização da saúde, sem limitar o exercício da cidadania. Assim, buscar-se-ia prevenir a discussão judicial. Quando inevitável, permitir aos agentes envolvidos que consigam resolver a lide da forma menos agressiva e menos onerosa possível para todos.

O Fórum de Saúde é composto, atualmente, por um Comitê Executivo Nacional, com sede no Conselho Nacional de Justiça. É formado por um juiz auxiliar da Presidência do CNJ, juízes com atuação na área de saúde, integrante do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS).

Na constituição do Fórum da Saúde, também é determinado o funcionamento de Comitês Estaduais e um Distrital (DF). Na atualidade, os Comitês Estaduais de Saúde são regulamentados pela Resolução CNJ 238/2016 e adotam composição interinstitucional no âmbito das respectivas unidades federativas. São marcados pelo debate científico e pelo diálogo na prevenção e contribuição para resolução amistosa de lides envolvendo a saúde – pública e suplementar.

Em relação aos novos contornos dos comitês estaduais fixados pela Resolução CNJ 238/2016, Lamarão Neto e Brito Filho (2016, p. 95) salientam:

A nova Resolução não apenas corrobora o êxito de diretriz e de resultados dos Comitês, aperfeiçoando o diálogo como forma de resolução dos conflitos, como também contribuiu muito para a realização dos trabalhos desses Comitês e dos magistrados, de uma forma geral, registrando que o Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do artigo 156 do Código de Processo Civil Brasileiro (recomendação de que o juiz seja assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico).

Os NAT (Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário) são extremamente importantes para consolidação de pareceres em matéria de saúde, proporcionando, através da medicina baseada em evidências, a compilação de soluções técnicas que subsidiam os magistrados na decisão mais acertada sobre a utilização de medicamentos e tratamentos discutidos em ações judiciais em curso ou casos propostos aos Comitês.

As discussões nos comitês podem gerar a demonstração inequívoca de que um medicamento ou tratamento já é parte integrante dos protocolos do Sistema Único de Saúde, possibilitando, também, o convencimento para direcionamento do adimplemento do caso ao ente federativo adequado (Estado e/ou Município), funcionando como elemento modulador da regra de solidariedade do Sistema Único de Saúde.

Essa modulação é extremamente interessante e vantajosa, não apenas porque atribui a cada ente federativo o cumprimento rigoroso de suas obrigações constitucionais, como também porque promove a aferição de cumprimento do investimento percentual constitucionalmente assegurado em saúde pública pelos entes federativos. Esse exercício pode redundar, inclusive, na verificação, pelo Ministério Público, da prática de ato de improbidade administrativa pelos gestores que não aplicarem as receitas mínimas em saúde (conforme Lei Complementar 141/2012) e que estejam aderindo ao plano de gestão plena de saúde municipal com falhas (lacunas) reiteradas na prestação de serviços.

As deliberações dos comitês podem, ainda, proporcionar ampliação de protocolos para a comunidade, quando, por exemplo, os mesmos já estejam previstos em legislação do Sistema Único de Saúde, porém não implementados pelo ente, como, por exemplo, o Serviço de Atenção Domiciliar (SAD), garantido pela Portaria-MS 963/2013, cujo funcionamento depende de adesão formal dos estados e municípios ao programa do Ministério da Saúde.

Especificamente no âmbito do Estado do Pará, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (CIRADS), formado⁵⁰ e mantido sob a égide da Resolução CNJ 107/2010, possibilita que magistrados, promotores de justiça e defensores públicos façam consultas por meio eletrônico ao núcleo técnico do CIRADS, obtendo-se resposta em 72 horas acerca de medicamentos adequados à determinada patologia, tratamento e protocolo disponível na rede pública de saúde e inclinação vinculada do ente federativo responsável pela dispensação do medicamento ou protocolo no SUS, auxiliando, assim, a convicção cabal sobre insumos, protocolos e responsabilidades.

⁵⁰ Conforme Acordo de Cooperação Técnica 04/2014 e aditivos. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=13429>. Acesso em: 25 de Setembro de 2016.

É oportuno ressaltar que, de acordo com o artigo 2º da Resolução CNJ 238/2016, os tribunais deverão criar 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.

Esse banco de dados não interfere no já criado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), com funcionamento também pela via eletrônica, dirimindo dúvidas de magistrados de todo o Brasil sobre dispensação de medicamentos em casos concretos, protocolos e níveis de responsabilidade no atendimento, em tudo respeitada a regra constitucional de solidariedade dos entes.

Assim, as vantagens são inquestionáveis na efetivação desta modalidade consensual de resolução de conflitos, não apenas no prisma da satisfação breve de conflitos que envolvem a urgente satisfação do direito discutido, como também na redução de custos ao erário em relação aos processos e direcionamento para cumprimento adequado de políticas públicas pautadas na medicina baseada em evidências.

Lamarão Neto e Brito Filho (2016, p. 95) destacam o peculiar desempenho do Comitê Estadual do Rio Grande do Sul, em função dos expressivos números de redução de processos a que conseguiu chegar o órgão. O Comitê do Rio Grande do Sul teria ganhado destaque nacional, ao anunciar em 2015 que, nos últimos cinco anos, obteve êxito na redução do estoque de aproximadamente 30 mil ações judiciais relacionadas a pedidos de medicamentos e tratamentos de saúde.

O comitê contava com representantes de 18 entidades, que pertencem tanto ao sistema de Justiça quanto aos sistemas de saúde público e privado, demonstrando a pluralidade no diálogo, elemento propulsor na redução dessas demandas. De acordo com balanço realizado pelo CNJ em 2011⁵¹, tramitavam à época, no Judiciário brasileiro, 240.980 processos judiciais, sendo que, no Rio Grande do Sul, o TJRS concentrava quase metade de todas as demandas do país: 113.953 ações judiciais sobre saúde.

A partir do trabalho realizado pelo Comitê Estadual da Saúde coordenado pelo tribunal, foi possível reduzir as demandas sobre assistência à saúde para aproximadamente 82 mil processos que tramitam atualmente no Estado.

⁵¹ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-aco-es-com-demandas-de-saude>. Acesso em 24 de setembro de 2016.

A partir desse dado, é possível observar que a exploração de resultados pela via dialogada é extremamente vantajosa e interessante. Embora a solução consensual não seja marcante nas demandas que envolvem o setor público, os Comitês Estaduais de Saúde se apresentam como via plural, técnica e arrojada para enfrentamento de um fenômeno a cada dia mais contundente no Poder Judiciário. Nesse cenário, o debate racional e técnico será um forte aliado para apresentação de resultados satisfatórios.

A franca possibilidade de congregação de resultados de reconhecimento de competências não adimplidas, porém vinculantes, seu cumprimento voluntário por entes federativos e a possibilidade de se incrementar o controle sobre a gestão das receitas aplicadas na saúde pública não apenas criam expectativas positivas, como motivam o fortalecimento desses Comitês que deverão ser analisados minuciosamente para que seus resultados possam gerar criações similares, modificando-se o panorama de que o Poder Judiciário é, exclusivamente, a panaceia para todos os males.

As instituições representativas dos entes federativos que formam os Comitês, como atualmente previstos na Resolução CNJ 238/2016, deverão, contudo, trabalhar conjuntamente com o Poder Judiciário para a concretização adequada das políticas públicas idealizadas e aprimoramento de seu controle interno na gestão dessas políticas, pois a mera participação dialogada sem revisão de comportamentos equivocados apenas transferiria o *locus* de administração da saúde pública, não se pretendendo que os comitês funcionem como meras instâncias de correção de gestões impertinentes.

Sua função é para além da mera constatação de inadequações; um palco de projeções, avaliações palatáveis e resolução dialogada com responsabilidades, balizando-se sempre pelo debate aprofundado e pela medicina baseada em evidências.

A exigência de demonstração de resultados cientificamente comprovados para utilização de um tratamento ou medicamento vem aparecendo gradativa e efusivamente tanto nas recomendações do Conselho Nacional de Justiça em relação ao enfrentamento da judicialização da saúde, inclusive em sua última resolução sobre o funcionamento dos comitês de saúde, como também nas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A verificação dessas últimas e a análise da formação do pensamento jurídico vinculante em precedentes será objeto de nosso próximo item.

5.2 CONTEXTUALIZAÇÃO DOS JULGADOS PARADIGMÁTICOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Muito embora a presente pesquisa não tenha o direcionamento de análise formal e direta sobre uma teoria da decisão jurídica, entendemos ser necessária a menção, ainda que de forma breve e sucinta, a algumas decisões proferidas no âmbito da Suprema Corte porque, em seu conjunto, delineiam o amálgama de compreensão da mais alta corte de justiça do país, intérprete última da Constituição Federal e seus valores, acerca de como o Poder Público deve se posicionar em relação à judicialização da saúde.

Mas, o que consistiria, atualmente, a vinculação das demais instâncias a tais decisões consideradas paradigmáticas? Para além dos efeitos vinculantes em ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental, nas ações declaratórias de inconstitucionalidade e constitucionalidade, os juízes e tribunais devem observar: a) os enunciados de súmula vinculante; b) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; c) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; d) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Essa é a determinação prevalecente no artigo 927 do código de processo civil.

Não obstante, a despeito de não se tratar efetivamente de um precedente vinculante nos termos determinados atualmente pelo código de processo civil, por exemplo, ainda que não se trate de um julgamento de recurso extraordinário (repetitivo) ou com repercussão geral delimitada, há uma considerável quantidade de julgados no Supremo Tribunal Federal que carregam fundamentação corriqueiramente utilizada como paradigma.

É o caso do recurso de agravo regimental no recurso extraordinário 271.286/RS, destacado atualmente na selecionada biblioteca de teses do Supremo Tribunal Federal (saúde pública). O julgamento desse recurso, inclusive, é anterior ao

regramento da repercussão geral introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004. Ali são compilados os julgados mais destacados, artigos e textos completos, utilizados para subsidiar a realização da audiência pública nº 4, realizada nos meses de abril e maio de 2009.

Julgados e votos mais recentes, como a decisão de agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175 e os votos proferidos no recurso extraordinário 566.471/RN (com repercussão geral)⁵² rotineiramente fazem menção à decisão proferida no agravo regimental no recurso extraordinário 271.286/RS, concordando ou divergindo do conteúdo e alcance dos votos ali proferidos.

O julgado carrega a seguinte ementa:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde

⁵² O Supremo Tribunal Federal concluiu pela repercussão geral do tema em 15 de novembro de 2007, com a seguinte ementa: SAÚDE – ASSISTENCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO – Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (STF – RE 271.286 AgR/RS – Relator Ministro Celso de Mello – Julgado em 12.09.2000 – 2ª Turma)

A matéria debatida nesse julgamento se reporta ainda a um posicionamento de amadurecimento do processo de judicialização da saúde, envolvendo discussão sobre a dispensação de medicamentos não integrantes dos protocolos do sistema único de saúde a paciente com HIV.

Desse julgado, podem ser destacados o posicionamento firme do Supremo Tribunal Federal em torno da regra constitucional de solidariedade dos entes federativos em relação ao cumprimento das disposições do Sistema Único de Saúde⁵³, confirmando-se que ambos os entes federativos, Estado e Município, podem ser demandados para dispensação gratuita do medicamento.

Também é marcante o registro de que o Supremo Tribunal Federal já começava a construir um raciocínio em torno da subsidiariedade, ao qual já nos posicionamos nesse texto de forma contrária. A Corte vem construindo sua jurisprudência no sentido de outorgar a chancela do direito aos pacientes destituídos de recursos financeiros, propiciando a discussão de que o nó górdio de abertura do sistema único de saúde para além de seus protocolos deve ser garantido, em caráter excepcional, somente a quem de alguma forma demonstre ausência de condições financeiras para adquirir o medicamento. A evolução desse entendimento será melhor analisada quando nos debruçarmos sobre o recurso extraordinário 566.471/RN.

A Suprema Corte também delineou o entendimento de que o direito à saúde é um direito público subjetivo, representando prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal.

Conforme voto do Relator⁵⁴, Ministro Celso de Mello:

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar –

⁵³ Há proposta de criação da súmula vinculante 4 (PSV 4) junto ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio da qual a Suprema Corte definiria a competência solidária dos entes federativos nas demandas de saúde. A apreciação dessa proposta de súmula vinculante aguarda o julgamento final do RE 566.471/RN. Também deve ser destacado que a matéria versa sobre o tema 793 em repercussão geral, conforme Recurso extraordinário 857.178 em fase de julgamento.

⁵⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acessado em 14/abril/2017.

políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O Ministro Celso de Mello tem posicionamento marcante em relação ao tema da judicialização da saúde, sempre enaltecendo o aspecto do direito público subjetivo em relação ao direito fundamental, a regra de solidariedade dos entes federativos e o caráter subsidiário para ultrapassar os limites do Sistema Único de Saúde.

No mesmo sentido, merece destaque o recurso extraordinário (RE) 232.335/RS, também relatado pelo Ministro Celso de Mello.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se mantém estável em relação ao entendimento da regra de solidariedade dos entes federativos, sobre a possibilidade de ajuizamento de ações individuais (não obstante a conotação da discussão coletiva seja casualmente apontada como relevante, por alargar a proposta do alcance do direito), além da possibilidade de se discutir para além das políticas públicas já implementadas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O segundo momento que reputamos imprescindível citar enquanto paradigma ocorre a partir do julgamento do agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175, quando houve a fixação de uma perspectiva mais ampla em relação ao direito à saúde, especialmente na forma de limitar o atendimento de pleitos dessa natureza. Assim foi registrada a ementa do julgado:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustate). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STF – STA 175 AgR/CE – Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes – Julgado em 17.03.2010 – Tribunal Pleno)

De início, foi reafirmada a jurisprudência da Corte acerca da regra de solidariedade dos entes federativos em relação ao direito invocado, a despeito de argumentações de que o sistema de tripartição de “competências” no âmbito do sistema único de saúde nortearia atribuições muito bem individualizadas. O Ministro relator também ressaltou que o registro do fármaco junto à ANVISA é um caminho a ser tomado em julgamentos desse jaez.

O julgamento foi pautado na tônica de que, quando em discussão a efetivação de um direito social como a saúde, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. As linhas de argumentação em torno da justiça distributiva se mostram bem mais intensas, embora não se possa asseverar que uma teoria como o liberalismo igualitário tenha sido utilizada como fundamento da decisão.

De forma inédita, o Supremo Tribunal Federal rebateu a tese de que a judicialização da saúde vem criando embaraços à economia, em razão de que as determinações judiciais para além dos protocolos do Sistema Único de Saúde comprometem, por assim dizer, o equilíbrio orçamentário das receitas. Essa ponderação se deve ao fato de que algumas premissas foram fixadas na audiência pública realizada nos meses de abril e maio de 2009, dentre elas a constatação de que a maior parte das ações em que se discute o direito à saúde engloba prestações inadimplidas do próprio Sistema Único de Saúde.

Segundo o voto do relator⁵⁵, Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes (Grifo nosso).

Levando-se em consideração a proibição à Administração Pública de fornecer fármacos não registrados na ANVISA, conforme artigo 12 da Lei 6.360/76, três hipóteses foram suscitadas para que um determinado caso em que se postula uma prestação junto ao sistema único de saúde não seja por ele atendido: a) a ausência da prestação poderia decorrer de uma omissão legislativa; b) a ausência da prestação

⁵⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acessado em 16 de abril de 2017.

poderia decorrer de uma decisão administrativa de não fornecê-la; c) a ausência de prestação poderia decorrer de uma vedação legal a sua dispensação.

O registro do fármaco na ANVISA reafirmaria, assim, os critérios de segurança e eficácia, sendo essa última destinada à demonstração dos resultados científicos comprovados que se espera para destinação de uma medicação a um determinado tratamento. A segurança foi destacada como garantia à saúde pública.

Foi destacado pelo relator⁵⁶, contudo, que essa regra não é absoluta por expressa previsão de hipótese excepcional de dispensa de registro para importação do medicamento pela ANVISA:

Deve ser destacado que a regra não é absoluta, pois em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Foi ratificado o critério da medicina baseada em evidências como norteador do sistema único de saúde na construção de seus protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Trataremos do tema no próximo item, de forma pormenorizada.

Perceba-se também a clara assertiva no sentido de que a ausência de protocolo clínico pode justificar o questionamento na via judicial, pela via coletiva ou individual, garantindo-se, em qualquer caso, a instrução necessária para demonstração de que as políticas públicas do Sistema Único de Saúde se apresentam de forma a negligenciar o tratamento de determinada patologia, por reconhecida omissão legislativa. Devem estar bem alinhavadas, portanto, as dimensões objetiva e subjetiva (individual e coletiva) do direito à saúde.

Esse julgamento demonstra a tratativa da matéria de forma mais madura e minuciosa, analisando inúmeras questões para além da dicção do artigo 196 da Constituição Federal e da base principiológica da Carta Federal de 1988, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, destacado em inúmeras decisões judiciais para a tutela do direito fundamental à saúde.

As discussões acerca dos problemas políticos decorrentes de critérios para decisões judiciais tomando por base a justiça distributiva foram tocados e

⁵⁶ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acessado em 16 de abril de 2017.

apresentados, destacando-se o caráter exponencial dessa decisão sustentada por abalizado debate científico na audiência pública nº 4 (abril e maio de 2009).

Entendemos, contudo, que a questão de identificação de problemas jurídicos e políticos advindos do enfrentamento da judicialização da saúde não foram inequivocamente delimitados, pois ainda se apresentaram aglutinados, eventualmente se questionando sobre as consequências financeiras de uma decisão judicial que outorga o direito à dispensação de medicamento de alto custo, no bojo da sua dimensão subjetiva. A matéria, contudo, volta a ser enfrentada no julgamento do recurso extraordinário 566.471/RN, como veremos a seguir.

Também foram fixados, de forma didática e objetiva, os critérios que o Supremo Tribunal Federal passaria a adotar para aferição de pedidos dessa envergadura, frisando-se que toda a matéria pertinente à possibilidade de condenação dos entes federativos para o custeio de medicamentos de alto custo está no cerne do julgamento do recurso extraordinário (com repercussão geral) 566.471/RN.

Além do recurso acima citado, a sociedade também aguarda o deslinde de um importantíssimo recurso extraordinário, grafado com repercussão geral⁵⁷: o RE 657.718/MG, que trata da discussão sobre a possibilidade de se exigir do Poder Público medicamento sem registro na ANVISA.

A matéria parece já ter sido bem iniciada com as ponderações do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do agravo regimental em suspensão de tutela antecipada (175), na qual o relator e então Presidente (à época) do Supremo Tribunal Federal ressaltou o caráter, como regra geral, de necessária observância à determinação legal de que os fármacos pleiteados em ações judiciais possuíssem o devido registro na ANVISA, necessário a resguardar a segurança e a efetividade que a sociedade pode e deve exigir do investimento de seu sistema de saúde em um determinado medicamento.

A excepcionalidade viria através da própria legislação. A Lei 9.782/99, em seu artigo 41, determina que o registro dos produtos de que trata a Lei 6.360/76 e o Decreto-Lei 986, de 21 de outubro de 1969, poderá ser objeto de regulamentação

⁵⁷ Na data de 17.11.2011, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela repercussão geral do tema, com a seguinte ementa: SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

pelo Ministério da Saúde e pela Agência visando a desburocratização e a agilidade nos procedimentos, desde que isto não implique riscos à saúde da população ou à condição de fiscalização das atividades de produção e circulação.

Recentemente⁵⁸, a ANVISA anunciou que entrará em consulta pública, nos próximos dias, uma proposta de Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência para estabelecer critérios e procedimentos para importação, em caráter de excepcionalidade, de produtos sujeitos à vigilância sanitária, sem registro no Brasil, destinados exclusivamente para uso em programas de saúde pública do Sistema Único de Saúde (SUS).

O anúncio vem ao encontro do entendimento que vem se consagrando no julgamento do RE 657.718/MG, o qual se encontra suspenso por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki. Após o trágico e brusco falecimento do Ministro em acidente aéreo, o julgamento deverá ter seu curso retomado tão logo o Ministro sucessor, Alexandre de Moraes, comunique a disponibilidade de voto. Destacamos que, além do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, já foram proferidos os votos dos Ministros Luís Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

Os votos então registrados não apresentam inovações essencialmente significativas na linha de construção desde 2010, com as discussões provenientes da audiência pública nº 4, que subsidiaram o julgamento do agravo regimental em suspensão de tutela antecipada 175/CE.

Em apertada síntese, os Ministros caminham pela ratificação da regra geral, ou seja, o pleito de medicamentos deve ser norteado pela demonstração prévia de seu registro na ANVISA, com o fito de se aferir segurança e efetividade do fármaco, em consonância com o consenso científico que legitima a sua incorporação.

Podemos, contudo, ressaltar a manifestação⁵⁹ muito peculiar do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido visualizar situações bem distintas:

1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde

⁵⁸ Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/importacao-excepcional-para-sus-seguira-rdc/219201?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1. Acessado em 16 de abril de 2017.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acessado em 16 de abril de 2017.

pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços.

2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na Anvisa, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de irrazoável mora da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior a 365 dias). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (I) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (II) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (III) a inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Fica muito bem delineado o voto do Ministro Luís Roberto Barroso aderindo totalmente ao argumento da Medicina Baseada em Evidências (MBE), quer repelindo a possibilidade de se postular em ações judiciais medicamentos ou tratamentos de caráter experimental, não apresentando, portanto, resultados científicos devidamente demonstrados, como também suscitando a franca possibilidade de que a ausência de registro na ANVISA pode ser assimilada como uma inércia injustificada pelo Poder Público.

Isso pode se justificar, por exemplo, quando estiver em discussão a incidência de sucessivos e injustificáveis contingenciamentos do orçamento da saúde, conforme tratamos no capítulo anterior. Veja-se que aqui incide a hipótese de haver clara omissão do Poder Público em relação ao acompanhamento contínuo da evolução da medicina, não obstante haja plena demonstração de que se trata de medicamento com resultados científicos comprovados.

Por fim, destacou o Ministro Luiz Edson Fachin, em seu voto, que mesmo na hipótese de pedidos (feitos por pacientes em estado terminal) de medicamentos sem registro, comprometendo a segurança e a efetividade do resultado da medicação, em situações em que a ameaça à saúde vulneraria o próprio direito à vida – como só poderia ocorrer com os pacientes terminais – a demanda já não mais tocaria um pedido distributivo, mas um respeito à dignidade. Concluiu que não poderia o Estado, ainda que em virtude dessa dignidade, violar a segurança dos pacientes ou à justiça da decisão.

Se for traçado um paralelo entre as posições dos votos do Ministro relator e dos Ministros que já proferiram seus votos, podemos afirmar que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando o entendimento de que o registro do medicamento apresenta a conotação de segurança, não apenas do fármaco em suas propriedades e resultados, mas de compromisso com a regra de solidariedade que justifica, no plano da justiça distributiva, atender a um caso excepcionalmente, desde que seu resultado possa ser aferido, ainda que abstratamente, num prisma de efetividade pelos resultados científicos comprovados que legitimam a aquisição daquele medicamento.

Como se percebe, o julgamento desse recurso guarda estreita consonância com o julgamento do recurso extraordinário 566.471/RN, em que se discute a possibilidade de demandar o Poder Público para dispensação de medicamentos de alto custo. Reiteramos que ambos possuem repercussão geral e seus resultados influenciarão o julgamento de todas as ações e recursos que apresentem as mesmas temáticas.

Esses dois recursos extraordinários estão sendo julgados concomitantemente, atrelados, portanto.

Em relação ao recurso extraordinário 566.471, todos os três julgadores que já proferiam seus votos, Ministros Marco Aurélio (relator), Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, assentaram seus posicionamentos na premissa de que o Sistema Único de Saúde não é hermético, cabendo a demanda (individual ou coletiva) para além de seus protocolos.

O que ressaltamos em relação ao julgamento do recurso extraordinário 657.718/MG, aqui também se aplica. Os votos então apresentados carregam aproximação com a linha de construção desse pensamento desde 2010, a partir das discussões provenientes da audiência pública nº 4, que subsidiaram o julgamento do agravo regimental em suspensão de tutela antecipada 175/CE.

Um ponto primordial a destacar é que o Supremo Tribunal Federal não se desalinhou do entendimento de que é plenamente possível e legítimo o ajuizamento de ações individuais para o questionamento das políticas públicas do SUS na efetividade do direito à saúde.

Não ignoramos que para todos os fins de gestão processual, de organização orçamentária e análise de tecnologias a incorporar ao SUS, as demandas coletivas são extremamente mais desejáveis. Isso, contudo, não implica em diminuição da garantia do ajuizamento pela via individual, muito menos reduz a estrutura normativa do direito à saúde.

Merece destaque, ainda, a posição que vem se consolidando no julgamento do recurso extraordinário 566.471, no sentido de que a postulação de medicamentos de alto custo é destinada a pessoas sem recursos financeiros, implantando-se um sistema de subsidiariedade no SUS que mitiga o seu caráter de universalidade. Ou seja, a prevalecer o posicionamento que vem sendo defendido nos votos apresentados, o acesso a medicamentos de alto custo será destinado exclusivamente a quem não possua condições financeiras para adquiri-lo.

Compreendemos que essa questão não vem sendo adequadamente debatida e solucionada na Suprema Corte, pois o conceito indeterminado de “ausência de recursos financeiros” certamente propiciará as mais diversas interpretações, conforme já mencionamos alhures quando tratamos da vedação da subsidiariedade no SUS.

No próximo item, abordaremos os limites que estão se delineando para o alcance do direito fundamental à saúde, com especial destaque para a análise da Medicina Baseada em Evidências (MBE).

5.3 OS LIMITES IMPOSTOS NO ÂMBITO DAS DECISÕES JUDICIAIS AO ALCANCE DO DIREITO À SAÚDE – MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS

Conforme já tratamos no item anterior, estamos diante de um momento muito importante no cenário da judicialização da saúde no qual o Supremo Tribunal Federal vem assentando posições que, embora já anteriormente tomadas naquela instância especial, doravante estão sendo consolidadas através de um paradigma de vinculação.

Nesse diapasão, três recursos extraordinários merecem especial destaque, em razão dos contornos que estão sendo delineados na avaliação do que pode ser demandado, contra quem pode ser demandado e em que circunstâncias pode ser deduzida a pretensão. Naturalmente, à exceção da segunda hipótese, as outras duas aqui suscitadas se enquadram no que denominamos demandas para além das políticas públicas já instituídas pelo Sistema Único de Saúde.

Então, temos o RE 657.718, onde se discute a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos que ainda não foram autorizados pelas autoridades sanitárias. O RE 857.178, por intermédio do qual se questiona a aplicação da regra constitucional de solidariedade dos entes federativos para dispensação de medicamentos. O RE

566.471 avalia a obrigação do Estado de fornecer medicamentos considerados de alto custo.

Assim, quando se indaga sobre o que o indivíduo pode postular para além das políticas públicas já implementadas pelo Sistema Único de Saúde ou, em outros termos, o que pode ser demandado, avaliamos se é possível postular medicamentos ou tratamentos não incorporados pelo nosso sistema.

Devemos destacar não apenas que no bojo do RE 657.718, discute-se a (im) prescindibilidade de que os medicamentos postulados na via judicial estejam devidamente registrados pela ANVISA, como também, essencialmente, discutir a importante avaliação de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas sobre os quais se assenta, na atualidade, nosso sistema de saúde.

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são instrumentos de consenso resultantes da atividade científica, oriundos da preocupação da própria classe médica com a avaliação de perspectivas na tomada de decisões para diagnóstico, tratamento e avaliação de resultados em patologias.

É o reconhecimento dos profissionais de saúde no sentido de que o debate científico apropriado, leia-se para além dos interesses comerciais, deverá nortear paradigmas de aceitabilidade no enfrentamento de patologias. O Sistema Único de Saúde passou a incorporar essa premissa em suas políticas públicas através da Lei 12.401/2011, que alterou a Lei 8.080/90 (uma das principais legislações regulamentadoras do SUS).

Segundo Schulze e Gebran Neto (2015, p. 202-204):

Muito antes da incorporação legal dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e da Medicina Baseada em Evidências pela Lei 12.401/2011, a sociedade médica brasileira reconheceu as dificuldades na difusão de conhecimentos atualizados sobre diagnósticos e terapêutica das doenças (...). Diante desta realidade médica, a partir de 1999, a Associação Médica Brasileira e o Conselho Federal de Medicina deliberaram por desenvolver em conjunto algumas Diretrizes Médicas baseadas em evidências científicas para auxiliar a classe médica e pacientes na otimização de cuidados e na tomada de decisões com vista aos cuidados com os enfermos (...). Em sintonia com a iniciativa médica, a administração pública passou a desenvolver semelhante ferramenta a orientar a prestação dos serviços de saúde no País, por intermédio de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Assim, dentre outras diversas alterações, foi incluído na Lei 8.080/90 (dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências) um capítulo específico sobre assistência terapêutica e incorporação de tecnologia em saúde.

Portanto, hodiernamente, segundo o artigo 19-M da Lei 8.080/90, a assistência terapêutica integral consiste em dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no artigo 19-P (consulta à relação nacional de medicamentos) e oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Em apertada síntese, poder-se-ia dizer que as políticas públicas implementadas gozam não apenas de credibilidade científica, mas de necessário exame prévio de sua segurança e eficácia pelo assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no SUS.

Portanto, a discussão existente no RE 657.718 se centraliza não apenas na aferição técnico-científica de que um medicamento existente em nossas políticas públicas não apresenta o resultado desejável sob a premissa de resgate da saúde do paciente. Avalia se, existindo um medicamento não registrado na ANVISA, este poderia ser utilizado para o tratamento do paciente, na medida em que determinados critérios (como o custo x benefício, por exemplo) são enfrentados pela ANVISA no processo de registro do fármaco.

Aqui reputamos necessário fazer três observações.

Primeiramente, no sentido de que não se olvida ser inviável adotar protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para todas as patologias possíveis, daí porque a Lei 8.080/90 estabelece que na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada, em primeira ordem, pela consulta à Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) disponibilizada pelo SUS. Tal circunstância, contudo, não impossibilita o Poder Público avaliar a possibilidade de adoção de dispensação excepcional de medicamentos.

Em segundo lugar, ressaltamos o fato de que o Poder Judiciário não apenas não questiona a validade de que a demanda por medicamento não constante em políticas públicas possa ser deduzida em ação individual, ainda que a via coletiva seja enaltecida, como assegura o direito público subjetivo do indivíduo em acionar o Estado nesse sentido, em razão da natureza particular do direito à saúde. Ou seja, a matéria caminha a passos largos para sua plena, mansa e pacífica consolidação jurisprudencial vinculante. É plenamente viável, portanto, o ajuizamento de ação individual nessas circunstâncias.

Em terceiro lugar, porém não menos importante, é a incidência da tônica da Medicina Baseada em Evidências (MBE) nessas decisões, ressaltando-se que mesmo antes do advento da Lei 12.401/2011, a matéria havia sido muito bem focada no julgamento do agravo regimental na STA 175/CE.

A adoção, portanto, de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas no SUS, advindos dos debates científicos, é efetivada na via da Medicina Baseada em Evidências (MBE), buscando-se demonstrar com plausibilidade e *expertise* o resultado a ser obtido com a utilização de determinado medicamento.

Sobre a Medicina Baseada em Evidências, prelecionam Schulze e Gebran Neto (2015, p. 215):

Ela consiste numa técnica específica para atestar com o maior grau de certeza a eficiência, efetividade e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prática. Trata-se, portanto, de uma ferramenta utilizada, em primeiro lugar, no exercício da medicina.

No Brasil, as evidências científicas de fármacos e produtos para o SUS ficam a cargo da Comissão Nacional de Incorporação Tecnológica (CONITEC), a qual possui composição heterogênea, de acordo com o Decreto nº 7.646/2011. Destacamos que a avaliação de qualquer protocolo ou diretriz a ser incorporada pelo Sistema Único de Saúde passa pelo âmbito da CONITEC e, segundo o artigo 19-Q da Lei 8.080/90, o estudo de incorporação ou protocolo é avaliado, no âmbito da Comissão, por representante do Conselho Federal de Medicina pertencente à sociedade especialista na área objeto daquele estudo.

A previsão legislativa vem reforçar o critério essencialmente científico para a incorporação ou revisão de um determinado protocolo no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O Supremo Tribunal Federal tem caminhado, portanto, em linhas sólidas na exigência de demonstração, por parte do postulante na via judicial, de que o medicamento existente nas políticas públicas brasileiras é insatisfatório para o tratamento do paciente. Assim, exige-se demonstração inequívoca de resultado científico comprovado para o medicamento então postulado e que esteja fora das relações disponíveis aos demais usuários do SUS.

Esse é, primordialmente, o primeiro limite imposto no alcance do direito à saúde quando a judicialização envolver pedidos de medicamentos para além do que é disponível em políticas implementadas: o pleito em relação ao medicamento deve se assentar na Medicina Baseada em Evidências (MBE).

Sobre nossa segunda ponderação, quem pode ser demandado para a dispensação de medicamentos ou tratamentos não disponíveis em políticas públicas, lembramos que no RE 857.178 se questiona a aplicação da regra constitucional de solidariedade dos entes federativos para dispensação de medicamentos.

A matéria parece não encontrar muitos obstáculos para consolidação vinculante da jurisprudência da Suprema Corte. Recordamos que a questão possui repercussão geral pelo tema 793 e se encontra pendente de fixação a proposta de súmula vinculante nº 04 que trata da responsabilidade solidária dos entes federativos no adimplemento do atendimento integral.

O Supremo Tribunal Federal não arranha sua jurisprudência sobre esse tema e tem se mostrado extremamente inclinado em ratificá-la com paradigma vinculante, no sentido de que todos os entes federativos podem ser demandados para a dispensação pretendida, a despeito do que prevejam suas normas administrativas de regulamentação da matéria.

Apenas uma observação merece registro mais incisivo.

Além de não se questionar o ajuizamento de demandas individuais com a discussão da regra de solidariedade dos entes federativos para adimplemento do direito à saúde, tanto no âmbito do RE 566.471, como no RE 657.718, mostra-se razoável a discussão no sentido de que, em se tratando de medicamento ou tratamento não existente no âmbito do Sistema Único de Saúde, a União deva obrigatoriamente figurar dentre os demandados, pois a “competência” para

incorporação de medicamento ou tratamento no SUS perpassa pela órbita da CONITEC, a qual é órgão colegiado vinculado ao Ministério da Saúde. Portanto, a União possui interesse direto na lide.

Esse é o segundo limite imposto no alcance do direito à saúde quando a judicialização envolver pedidos de medicamentos para além do que é disponível em políticas públicas implementadas.

Relativamente à terceira e última ponderação deduzida, em que circunstâncias pode ser deduzida essa demanda (individual), observamos que, a contrário do que foi defendido nesse estudo, o Supremo Tribunal Federal está construindo a linha de que as demandas de medicamentos e tratamentos para além do Sistema Único de Saúde devem ser norteadas pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, de que apenas pessoas sem a possibilidade de adquirir os medicamentos ou custear esses tratamentos, estão legitimadas à propositura da demanda.

Para além do que já foi exposto no item 3.4 desse estudo, ratificamos a posição no sentido de que não apenas é extremamente tormentosa e difícil a tarefa de avaliar a capacidade financeira do indivíduo para o custeio de um medicamento, sem privar-se dos recursos necessários para sua sobrevivência digna, mas a questão afeta a própria noção de solidariedade e universalidade do Sistema Único de Saúde, a qual, repetimos, deve ser observada pela nuance da equidade.

No entanto, reconhecemos que a jurisprudência da Suprema Corte sempre se ateve ao destaque da ausência de capacidade financeira no custeio de medicamentos, os quais, também não se pode deixar de mencionar, via de regra, apresentam custos altíssimos, impossibilitando a maioria esmagadora da população brasileira ao seu acesso sem prejuízo de resguardar sua sobrevivência digna.

Esse seria, portanto, um terceiro limite imposto no alcance do direito à saúde quando a judicialização envolver pedidos de medicamentos para além do que é disponível em políticas públicas já implementadas.

Concluída a análise das questões técnicas e práticas nos julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal, avançaremos com ponderações sobre as novas perspectivas em torno da judicialização da saúde, levando-se em consideração os precedentes que estão sendo firmados em nosso direito e as discussões que possivelmente venham a ser travadas a partir dessa consolidação.

5.4 AS NOVAS PERSPECTIVAS EM TORNO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Conforme expusemos no item antecedente, o julgamento dos recursos extraordinários 566.471, 657.718 e 857.178 proporcionará um viés paradigma que contribuirá para o balizamento em torno da judicialização da saúde. Dois outros recursos extraordinários ainda em fase de julgamento, também com repercussão geral reconhecida, merecem destaque na medida em que (não obstante deixem de apresentar o mesmo valor exponencial do que os anteriores aqui já citados) contribuirão em muito para um direcionamento em torno do acervo processual onde são discutidos temas de forma reiterada. São eles o RE 605.533, em que se discute o Tema 262 – Legitimidade para o Ministério Público ajuizar ação civil pública que tem por objetivo compelir entes federados a entregar medicamentos aos portadores de certas doenças – e o RE 607.582, no qual se discute o Tema 289 – Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos.

É possível perceber que, no contexto desses recursos com repercussão geral, não se duvida da plena legitimidade de propositura de ações individuais para deduzir pretensões em torno do direito à saúde, mesmo quando fora do contexto das políticas públicas do SUS. Ainda assim, parcela significativa da doutrina brasileira ainda sustenta que o indivíduo somente tem direito subjetivo a demandar o Estado em relação às políticas públicas existentes.

Esse raciocínio, como demonstramos, anda na contramão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sobretudo por uma questão de transparência intelectual, nunca é demais lembrar a necessidade de que os doutrinadores que se preendem a defender posição diversa da sustentada nas decisões paradigmáticas com repercussão geral devem alertar aos leitores no sentido de que seu raciocínio, por mais eloquente que possa parecer, não está alinhado à jurisprudência da Suprema Corte.

Acreditamos, como frisado alhures, que a solução dos problemas do sistema único de saúde não se limita apenas a discutir as bases de seu financiamento, mas envolvem uma gravíssima questão de gestão, de desvios de verbas e de contingenciamento de recursos em sua dotação orçamentária.

Nesse aspecto, também já ressaltamos que a CONITEC, ao avaliar a incorporação de novos protocolos e medicamentos, está legalmente atrelada às determinações condicionantes do artigo 19-Q, § 2º, da Lei 8.080/90, quais sejam: a)

as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; b) a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Perceba-se que é plenamente possível que a CONITEC entenda que a incorporação de um novo medicamento é bastante recomendável do ponto de vista técnico, levando em consideração sua eficácia, mas não o recomende do ponto de vista econômico.

Assim, podemos sustentar que o congelamento dos “gastos” públicos por 20 anos, autorizado pelo Congresso Nacional ao aprovar a PEC 241, produz, inexoravelmente, a compreensão de que nossas políticas públicas de saúde sejam norteadas, prioritariamente, com a conotação econômica, deixando-se à margem dessa discussão um padrão aceitável na garantia de saúde com qualidade do brasileiro.

Perceba-se que, não obstante os “investimentos” em saúde devam atingir, pelo menos tecnicamente, o patamar de 15% em 2020, a sociedade brasileira já enfrenta o rotineiro contingenciamento das verbas orçamentárias destinadas à saúde. Também não há qualquer demonstração plausível de que nossa economia apresentará índices aceitáveis de crescimento para supor que venceremos nossa crise econômica em curto ou médio prazo e que os investimentos em saúde, por consequência, crescerão.

Schulze e Gebran Neto (2015, p. 193) evidenciam alguns temas que devem se tornar centrais para a discussão futura da judicialização da saúde, dentre os quais destacamos e concordamos com dois em especial, por estarem frontalmente ligados ao cenário econômico em que vivemos: a) a relação custo x benefício dos novos medicamentos; b) inclusão de novos medicamentos da RENAME pela CONITEC.

Ressalte-se que referidos temas em momento algum questionam a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido do cabimento do ajuizamento de ações individuais. Talvez nos próximos julgamentos haja maior intensidade de debates em torno do conceito de justiça distributiva, mas não há qualquer inclinação na revisão do posicionamento já firmado (cabimento das ações individuais).

Os dois temas estão intrinsecamente relacionados, pois não há que se falar em inclusão de novos medicamentos sem abordar eficácia e custo x benefício.

Ademais, sobre o tema eficácia, a própria exploração mais intensa desse conceito nos recursos extraordinários citados provocará um inevitável afastamento de decisões como as anteriormente prolatadas (em diversos juízos e graus de jurisdição) para conceder o acesso ao uso da substância fosfoetanolamina para tratamentos oncológicos.

Sem embargo de adentrar em questões processualmente formais, como a legitimidade dos entes federativos nas ações que visam a dispensação de produto sem registro na ANVISA, a consolidação do entendimento de que a condição *sine qua non* para postulação de medicamentos (formalmente considerados, o que não é o caso da fosfoetanolamina) é a demonstração de resultados cientificamente comprovados, afastaria qualquer pretensão de obter o produto, o que é inteiramente razoável, proporcional e imprescindível.

Como já frisamos, o uso da Medicina Baseada em Evidências (MBE) é primordial para todos os critérios administrativos (na seara da CONITEC) e também judiciais, pois a demonstração de imprescindibilidade de uso de medicação fora do rol de registro da ANVISA e dispensação junto ao SUS requer a demonstração eloquente e inequívoca no sentido de que o medicamento em questão é não apenas seguro, como também eficaz no tratamento de determinada patologia.

Aliás, esses critérios judiciais aqui destacados devem incidir quer no âmbito da litigiosidade já instaurada (ajuizamento da ação), como no âmbito administrativo-judicial (pré-processual) pelos Comitês Estaduais de Saúde. Aliás, todo o trabalho dos Comitês é norteado através do debate interinstitucional e utilização da Medicina Baseada em Evidências para solução de casos antes do ajuizamento da ação.

Nesse sentido, Lamarão Neto e Brito Filho (2016, p. 95-96) assinalam que a criação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, através da Resolução CNJ 107/2010, plenamente demonstra essa dimensão, posicionando-se o Conselho Nacional de Justiça no sentido de que o Poder Judiciário deveria assumir um papel protagonista na solução eficiente e racional desse fenômeno, porém buscando no diálogo e no debate técnico o viés marcante para essa postura, propiciando a identificação do discurso como elemento central de solução alternativa ao litígio beligerante e massivo.

Os Comitês Estaduais de Saúde foram idealizados nesse contexto, aliando a técnica da medicina baseada em evidências com o diálogo estrutural, visando a

satisfação do que a sociedade efetivamente almeja em termos práticos, especialmente, o respeito às garantias constitucionais em torno da saúde pública.

Esses comitês simbolizam, portanto, uma nova forma de pensar a solução do litígio, preferencialmente na forma prévia através do diálogo, com o reconhecimento consensual de responsabilidades e gestão de encaminhamentos para que os magistrados possam utilizar material técnico, pautado na Medicina Baseada em Evidências (MBE), como elementos robustos de responsabilização secundária, acaso o diálogo não venha a frutificar e o litígio seja instaurado.

Enfim, qualquer que seja a seara de discussão, no âmbito dos Comitês Estaduais de Saúde ou nas ações então ajuizadas, o fator econômico (não do ponto de vista daquele que pede a prestação), assumirá conotação exponencial para a judicialização da saúde.

Nesse contexto, se é possível afirmar que as ações coletivas serão elementos importantes para releitura de nossas políticas públicas, é inquestionável que as ações individuais permanecerão brotando com o intuito de reafirmar a tônica de cidadania e liberdade do cidadão sempre considerado como integrante de uma sociedade de cooperação.

6 CONCLUSÃO

Por intermédio do confronto entre concepções teleológicas e deontológicas de justiça, é possível perceber a forma de enfrentar a distribuição dos bens considerados escassos na sociedade e como os membros do grupo devem se comportar diante das diferenças sociais, firmando-se, de antemão, a premissa no sentido de que a construção de um ordenamento jurídico deve partir sempre de um sistema de justiça preordenado, que justifique as escolhas feitas, tendo-se por norte que as consequências dessas escolhas influenciarão diretamente a vida dos indivíduos componentes do grupo.

Após a análise desses padrões, é possível pontuar com mais clareza e qualidade as críticas construtivas que, conjugadas, outorgam ao liberalismo igualitário a chancela de concepção mais próxima do paradigma de justiça. A partir daí, é possível atrelar a premissa de jusfundamentabilidade do direito à saúde a uma visão mais abrangente e, no contexto das políticas públicas, avaliar que o Sistema Único de Saúde brasileiro está adequado a tal concepção, constituindo-se, como uma das instituições mais relevantes de nossa sociedade. Na dicção da justiça como equidade, compõe uma das instituições mais importantes que moldam a estrutura básica da sociedade.

A escolha acerca de qual sistema de saúde adotar em nossa sociedade – incluída nesse sistema não apenas a legislação produzida em nosso país, como também as diretrizes que irradiam a construção das políticas públicas do Poder Executivo – não significa outra coisa senão nossa resposta a um ideal de vida, a uma concepção de respeito e consideração ao cidadão e ao adimplemento do papel diretivo que foi destinado ao Estado. Somos todos responsáveis pelos resultados sociais de nossas escolhas.

A tese, dessa forma, mostrou-se devidamente adequada à linha de pesquisa pretendida, assumindo relevância teórica e prática, na medida em que propiciou uma reflexão acentuada sobre a efetividade do direito à saúde e seu papel central na execução de nossos planos racionais de vida.

Essa pesquisa defende uma revisão absoluta dessa discussão, atribuindo ao liberalismo igualitário, enquanto concepção adequada para aplicação da justiça distributiva, a margem de argumentos necessária para a correta interpretação de

nosso ordenamento jurídico, sobretudo do procedimento hermenêutico conforme a Constituição Federal. Os direitos fundamentais são, dessa forma, repaginados, para que se alcance algo além da retórica, algo próximo do que entendemos por efetividade.

A análise do utilitarismo demonstrou como nossas políticas públicas, aí incluindo a visão hermética do Sistema Único de Saúde, podem ser constituídas de forma a colocar em risco um direito imprescindível ao pleno exercício dos planos racionais de vida do indivíduo. Refutamos, assim, um sistema de saúde exclusivamente bom para a maioria.

Ratificamos a ponderação no sentido de que a teoria rawlsiana assume exponencial relevo, pois, como adverte Brito Filho (2014, p. 234), é incoerente a leitura de Rawls sem conceber uma teoria de justiça que não leve em consideração cada um dos indivíduos, considerados, portanto, como seres únicos e detentores, somente pela sua condição de pessoas, de um mínimo de direitos.

Nesse viés, afastamos do princípio da diferença, adotado por indivíduos racionais e mutuamente desinteressados, a função de meramente cumprir um papel de tarifação sem qualquer propósito de resguardo mínimo daqueles que estão em uma faixa de desvantagem, sob pena de se admitir que as pessoas na posição original assumem riscos, o que, pela hipótese do véu de ignorância, é descartado.

Quando nos fixamos na premissa de que há esse resguardo mínimo, afirmamos ainda que a tolerância às desigualdades econômicas e sociais do segundo princípio da justiça como equidade poderá atribuir um mínimo adaptado às necessidades individuais, desde que, e somente se, respeitada a ordem léxica em relação ao primeiro princípio, houver demonstração inequívoca de que a inobservância desse mínimo proporcione a supressão do exercício de suas liberdades.

Entrementes, a leitura de acesso universal e igualitário no Sistema Único de Saúde deve ser realizada a partir do enfoque da equidade. Aqui também ratificamos a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal aprofunde suas decisões em torno do princípio da subsidiariedade, possibilitando-se a postulação de prestações para além das políticas públicas do Sistema Único de Saúde aos que demonstrarem insuficiência de recursos na aquisição de medicamentos e tratamentos. Ainda se mostra incipiente a discussão de como aplicar a tônica de insuficiência de recursos no caso concreto.

Portanto, na composição da estrutura básica da sociedade, A efetivação do Sistema Único de Saúde deve levar em consideração não apenas questões no plano da homogeneidade dos indivíduos, criando um *standard* de ações e serviços estabelecidos através de suas políticas públicas, mas permitir ao indivíduo a discussão peculiar de determinadas patologias e circunstâncias, as quais, nem sempre, estão acobertadas pelo *standard* que se identificou, abstratamente, pelo prisma do acesso igualitário.

Veja-se que o Estado possuía visão direcionada nesse sentido, estabelecendo-se o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, hodiernamente revogado, mas também com caráter essencialmente hermético, o qual deveria ser firmado com conotação bem mais maleável. Não por outra razão, insistimos que, em muitos casos, o ajuizamento de ações individuais impulsiona procedimentos de avaliação de protocolos junto à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no SUS.

A judicialização da saúde passou por estágios de maturação, assumindo, a partir de 2009, uma feição mais aproximada da análise científica dos pedidos, culminando, desde a instalação do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, na atual Resolução CNJ 238/2016, importante instrumento de vinculação dos Tribunais de Justiça no enfrentamento desse fenômeno, principalmente em relação à especialização de unidades judiciais em demandas de saúde pública, na criação dos Comitês Executivos de Saúde e na utilização do conceito de medicina baseada em evidências como fator dirigente para análise de pedidos de dispensação de medicamentos e tratamentos fora dos limites impostos pelas políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Contudo, nos mais diversos estágios da judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal não questiona a franca possibilidade de ajuizamento de ações individuais para demandar os entes públicos na dispensação de medicamentos e tratamentos fora dessas políticas públicas, ressaltando-se que a matéria, ainda que não em via direta, está, atualmente, em fase de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral.

Essa decisão, portanto, norteará o julgamento de todas as demandas no país, proporcionando, dessa forma, a necessária revisão de argumentos daqueles que sustentam ser inviável deduzir pretensão desse viés em ação individual, sobretudo em relação à indicação de desequilíbrio nas receitas orçamentárias, a partir de

decisões judiciais, sem o enfrentamento de temas tão caros à sociedade brasileira, como o desvio de verbas públicas pela corrupção, que ultrapassam em muito as próprias destinações orçamentárias, como demonstrado no capítulo 3.

Entendemos, assim, bem demonstrada a tese de que é possível o ajuizamento de ações individuais para postulação além dos protocolos do SUS. O julgamento dos Recursos Extraordinários 566.471, 657.718 e 857.178 proporcionará, definitivamente, o paradigma que contribuirá para o balizamento nesse sentido.

Projetando-nos para o futuro da judicialização, ratificamos o entendimento de Schulze e Gebran Neto (2015, p. 193) para evidenciar alguns temas que devem se tornar centrais para a discussão futura da judicialização da saúde, dentre os quais destacamos dois em especial, por estarem frontalmente ligados ao cenário econômico de crise em que vivemos: a) a relação custo x benefício dos novos medicamentos; b) inclusão de novos medicamentos da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) pela CONITEC.

Perceba-se que esses temas em momento algum têm o condão de questionar a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido do cabimento do ajuizamento de ações individuais. Aguardamos que ao longo dos julgamentos haja maior intensidade de debates em torno do conceito de justiça distributiva, imprescindível para elevar o debate, mas não há qualquer inclinação na revisão do posicionamento já firmado: cabimento das ações individuais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135-167.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA – ABRASCO. **Brasileiro com plano de saúde tem três vezes mais chance de leito em UTI**. Disponível em: <<http://www.abrasco.org.br/site/noticias/saude-da-populacao/brasileiro-com-plano-de-saude-tem-tres-vezes-mais-chance-de-leito-em-uti/10952/>>. Acesso em: 01 fevereiro 2017.

AZEVEDO, Guilherme. **Acordos contra a corrupção e cartel de construtoras da Lava Jato recuperam 11,5 bilhões**. UOL, São Paulo, 06 março 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/06/acordos-contracorrupcao-e-cartel-de-construtoras-da-lava-jato-recuperam-r-9-bilhoes.htm>>. Acesso em 03 julho 2017.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. In: ORTIZ, Maria Helena Rodriguez (Org.). **Justiça Social: uma questão de direito**. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2004. p. 13-20.

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

_____. A justiça como equidade, de John Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada dos direitos sociais fundamentais sociais. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2014, p. 227-246.

CAOLI, Cristiane. Despesas com saúde no Brasil em 2013 somaram 8% do PIB, diz IBGE. **Globo.com, Rio de Janeiro, 12 dezembro 2015**. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/12/despesas-com-saude-no-brasil-em-2013-somaram-8-do-pib-diz-ibge.html>>. Acesso em 05 janeiro 2017.

CHADE, Jamil. Gasto público do Brasil com saúde é inferior à média mundial. **O Estado de São Paulo, São Paulo, 13 maio 2015**. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-publico-do-brasil-com-saude-e-inferior-a-media-mundial,1686846>>. Acesso em: 01 fevereiro 2015.

COELHO, Luciano. Desvios da Lava Jato ultrapassam 29 bilhões, afirma ministro do TCU. **Estadão**, Teresina, 15 abril 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/desvios-da-lava-jato-ultrapassam-r-29-bi-afirma-ministro-do-tcu/>>. Acesso em: 01 fevereiro 2017.

COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. **A Comissão**. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em: 13 dezembro 2016.

CRUZ, José. **Ajuste fiscal**: governo anuncia corte de 69,9 bilhões de reais do orçamento. Carta, Agência Brasil, 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/ajuste-fiscal-governo-anuncia-corte-de-69-9-bilhoes-de-reais-do-orcamento-6830.html>>. Acesso em 01 fevereiro 2017.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus Tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUGO, Victor. **Os miseráveis**. São Paulo: Cosac Naify, 2002.

HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Leitos por mil habitantes. **Indicadores de recursos**. Disponível em: <<http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=MS33>>. Acesso em 01 fevereiro 2017.

JORNAL DA BAND. **Corrupção no Brasil desvia R\$ 200 bilhões por ano**. São Paulo, 06 novembro 2012. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/jornaldaband/noticia/100000548222/corruptcao-no-brasil-desvia-r-200-bi-por-ano.html>>. Acesso em 04 julho 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2014.

KRELL, Andreas. Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 25-60.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAMARÃO NETO, Homero. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde. In: GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. **Direito e Sociedade: temáticas controversas**. Volume II. Belém: Perse, 2013. p. 09-31.

LAMARÃO NETO, Homero; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Os comitês estaduais de saúde e o enfrentamento do fenômeno da judicialização da saúde. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. E-SSN: 2525-9644. Curitiba, v.2, n. 2, p. 82-100. Jul/Dez. 2016.

MATAIS, Andreza. **Desvios na operação Zelotes podem superar os da Lava Jato**. Exame.com, São Paulo, 26 março 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/desvios-na-operacao-zelotes-podem-superar-os-da-lava-jato/>>. Acesso em: 01 fevereiro 2017.

MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 258-273.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Gradiva, 2005.

_____. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

MIRANDA, Jorge. Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional. Separata. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa: Coimbra Editora, v. LV, n. 1, p. 375-403, 2014.

MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick. **Como viver em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NASCIMENTO, Bárbara. **Governo corta mais de R\$ 6 bilhões em recursos para a saúde e educação**. O Globo, 30 março 2016. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/governo-corta-mais-de-6-bilhoes-em-recursos-para-saude-educacao-18988015>>. Acesso em: 01 fevereiro 2017.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Brasil: teto de vinte anos para gasto público violará direitos humanos, alerta relator da ONU**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/>>. Acesso em 05 janeiro 2017.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coordenadores). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 353-366.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73-135.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS: o desafio de ser único**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012.

ORTIZ, Maria Helena Rodriguez (Org.). **Justiça Social: uma questão de direito**. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2004.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

PAULA, Marcio Gimenes de. O estado e o indivíduo: o conceito de liberdade em John Stuart Mill. **Polymatheia**, Fortaleza, v. III, n. 3, 2007, p. 73-84.

POGGE, Thomas. **John Rawls: his life and theory of justice**. New York: Oxford University Press, 2007.

RACHELS, James. **Os elementos da filosofia da moral**. Barueri: Manole, 2006.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RICOEUR, Paul. **O justo**. São Paulo, Martins Fontes: 2008.

ROBSBAWM, Eric. **A era das revoluções, 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

ROSAS, João Cardoso. **Manual de filosofia política**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Concepções da Justiça**. Lisboa: Edições 70, 2015.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. **O liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. (Org). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SCILIAR, Moacyr et al. **Saúde pública, histórias, políticas e reviravolta**. São Paulo: Scipione, 2002.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. **O conceito de saúde**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, Oct. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 julho 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortex, 2002.

SIMÕES, Mauro Cardoso. John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo. **Veritas**, Porto Alegre, v. 58, n. 1, jan/abr 2013, p. 174-189.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Nota Técnica, nº 28, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf>. Acesso em 05 janeiro 2017.

VITA, Álvaro de. **Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

_____. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Liberalismo igualitário e multiculturalismo**. Lua Nova, São Paulo, n. 55-56, p. 05-27, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 julho 2017.

WERLE, Denílson Luís. Justiça, liberdades básicas e as bases sociais do autorrespeito. **Ethic@**, Florianópolis, v. 13, n. 1, jun/2014, p. 74-90.