



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

AILTON SCHRAMM DE ROCHA

O ACESSO A MEDICAMENTOS
POR INTERMÉDIO DE DECISÕES JUDICIAIS

Salvador
2011

AILTON SCHRAMM DE ROCHA

**O ACESSO A MEDICAMENTOS
POR INTERMÉDIO DE DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Jr.

Salvador
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

AILTON SCHRAMM DE ROCHA

O ACESSO A MEDICAMENTOS POR INTERMÉDIO DE DECISÕES JUDICIAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Dirley da Cunha Jr. – Orientador
Universidade Federal da Bahia.

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares
Universidade Federal da Bahia.

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Universidade Federal de Alagoas.

Salvador, de de 2011

Aos meus pais, Ailton e Maria Laura, pelo amor incondicional e exemplo de perseverança e dedicação.

A Gisely, pelo amor, companheirismo e presença.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho, que é fruto de pesquisa sobre o tema de medicamentos, nasceu de uma preocupação com a prática profissional. As dúvidas e inquietações iniciais logo foram transformadas em interesse na pesquisa, a partir do que logo contei com o apoio e cooperação do professor Dirley da Cunha Júnior, cuja dedicação e inspiração ao tema do neoconstitucionalismo e direitos fundamentais deram-me inspiração para enfrentar nova rotina de estudos e pesquisa em prol do presente projeto de mestrado.

Também agradeço ao professor Ricardo Maurício, pelas sugestões de leitura e presença marcante na fase final do meu projeto, fazendo-me atentar para alguns caminhos necessários na indagação da questão de medicamentos. Agradeço também ao Professor George Sarmento, que gentilmente aceitou participar de minha avaliação.

Ressalto profundo agradecimento aos demais professores do programa de direito público do mestrado da UFBA, em especial aos professores Rodolfo Pamplona, Nelson Cerqueira, Heron Santana, Saulo Casali, Paulo Pimenta e ao professor Edvaldo Brito.

Essa dissertação também não seria concluída, não fosse a colaboração de amigos e companheiros de pesquisa. Agradeço imensamente aos amigos Marcos Sampaio, Karin Almeida Weh e Cynthia Lopes por todo o apoio e cooperação. Agradeço ainda a Alex Schramm de Rocha pela inestimável colaboração.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg – Agravo Regimental

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Des. – Desembargador

DJ – Diário da Justiça

e-DJF1 – Diário Eletrônico da Justiça da 1ª. Região

MS – Mandado de Segurança

Rel – Relator

ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJBA – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

TJPE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RESUMO

O presente estudo discute o acesso a medicamentos por intermédio de decisões judiciais. A pesquisa parte de um pensamento problematizante que questiona a judicialização da saúde como um fenômeno observável pela pesquisa científica do direito. O primeiro alvo da pesquisa é compreender o que se entende por direito à saúde, falar de suas origens, ainda que de modo limitado. O direito à saúde é então examinado no tocante ao seu conteúdo, bem como nos seus aspectos de direito fundamental, social e prestacional. Ao longo de todo o texto, são expostos precedentes dos Tribunais brasileiros, com o propósito de ilustrar e melhor entender o fenômeno pesquisado. Sobre a judicialização, tem-se como foco a legitimidade do Poder Judiciário e ainda a relação entre política e direito que, no caso em questão, significa políticas públicas de saúde versus direito fundamental à saúde. Aborda-se ainda a dimensão econômica do direito à saúde, em princípio, com o debate sobre os custos dos direitos e, mais adiante, com a visão do problema a partir de fundamentos da análise econômica do direito, exercendo-se, em seguida, um juízo crítico sobre algumas conclusões encontradas. Por fim, são estudados alguns parâmetros úteis e critérios para a tutela jurisdicional de medicamentos, tomando-se em consideração aspectos da jurisdição constitucional, características das ações judiciais individuais e coletivas sobre a matéria, além da preocupação com os impactos das decisões judiciais, em micro e macrojustiça.

Palavras-chave: medicamentos – direito fundamental – judicialização.

ABSTRACT

The present study deals with the access to medications by means of judicial decisions. Research starts out based on a problem-like thought which questions health judicialization as a phenomenon that can be observed by scientific research in the field of law. The first research target is the comprehension of what can be understood as right to health and talk about its origins, even if in a limited way. Right to health is then examined as to its content, as well as to its aspects of fundamental, social and service-rendering aspects. Along all of the text, Brazilian courts' precedents are brought to light, with the objective of illustrating and better understanding the phenomenon that is being researched. As to judicialization, focus is posed on the legitimacy of the Judiciary and also on the relationship between politics and law which, in this case, means health public policies versus fundamental right to health. Another aspect approached is the economic dimension of the right to health, at first with the debate comprising the costs of different rights and, later on, with the vision of the problem based on fundamentals of the economic analysis of law, and after that, a critical opinion about some of the conclusions to which one could arrive. In the end, some useful parameters and criteria for the jurisdictional tutela of medications, considering certain aspects of the constitutional jurisdiction, and characteristics of individual and collective lawsuits related to this issue, besides the concern with the impact of judicial decisions, at different spheres of micro and macrojustice.

Keywords: medications – fundamental right – judicialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A PROBLEMÁTICA DO ACESSO A MEDICAMENTOS NO BRASIL	16
1.1 INTRODUÇÃO TEÓRICA AO PROBLEMA: CIÊNCIA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO DO MUNDO REAL.....	16
1.2 CIÊNCIA JURÍDICA E PENSAMENTO DO PROBLEMA.....	21
1.3 AS DIFICULDADES DO ACESSO A MEDICAMENTOS NO BRASIL.....	26
1.4 OS ESFORÇOS EMPREENDIGOS NA GESTÃO DA ÁREA DA SAÚDE.....	31
1.5 POLÍTICAS DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA BRASILEIRA.....	32
1.6 A INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO ACESSO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE.....	38
2 DIREITO À SAÚDE	44
2.1 PROBLEMA EM TORNO DO DIREITO À SAÚDE.....	44
2.2 POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	44
2.3 DE FRUTO DE UMA POLÍTICA MERCANTILISTA À CONQUISTA COMO DIREITO.....	46
2.4 SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.....	51
3 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	53
3.1 JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE.....	53
3.2 NATUREZA E CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	55
3.3 DIREITO PRESTACIONAL.....	59
3.4 DIREITOS PRESTACIONAIS E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: IMPLICAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE.....	62
3.5 A UNIVERSALIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	64
3.6 NATUREZA DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA.....	67
3.7 EFICÁCIA HORIZONTAL: O PONIBILIDADE DE DIREITO PRESTACIONAL AO PARTICULAR.....	69
4 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE	73
4.1 PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA.....	73
4.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO: DOGMÁTICA JURÍDICA.....	75
4.3 CONSTITUIÇÃO, SAÚDE, ASSISTÊNCIA SOCIAL E FARMACÊUTICA.....	80

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	84
5.1 O PODER JUDICIÁRIO.....	84
5.2 SISTEMA POLÍTICO E SISTEMA JURÍDICO.....	87
5.3 JUDICIALIZAÇÃO.....	91
5.4 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA DEMANDA POR MEDICAMENTOS.....	92
5.5 ATIVISMO JUDICIAL.....	93
A DIMENSÃO ECONÔMICA DO ACESSO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS POR INTERMÉDIO DO PODER JUDICIÁRIO	100
6.1 IMPORTÂNCIA DA QUESTÃO.....	100
6.2 DEBATE SOBRE O CUSTO DOS DIREITOS.....	100
6.3 A VISÃO ECONÔMICA DO DIREITO.....	103
6.4 A SAÚDE PRIVADA.....	115
6.5 EFICIÊNCIA ECONÔMICA, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL.....	117
7 PARÂMETROS ÚTEIS À TUTELA JURISDICIONAL DE MEDICAMENTOS	120
7.1 POSSÍVEIS CRITÉRIOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: ANTES UMA QUESTÃO DE ARGUMENTAÇÃO DO QUE DELIMITAÇÃO DE CAMPOS IMPRÓPRIOS PARA O PODER JUDICIÁRIO.....	120
7.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	122
7.3 EFETIVIDADE, EFICIÊNCIA E IGUALDADE.....	127
7.4 RAZÕES DE MICROJUSTIÇA E MACROJUSTIÇA. O ACESSO A MEDICAMENTOS EM AÇÕES INDIVIDUAIS.....	132
7.5 O ACESSO A MEDICAMENTOS EM AÇÕES COLETIVAS.....	135
7.6 DE LEGE FERENDA OU DE LEGE LATA: CONVERGÊNCIA ENTRE SAÚDE PÚBLICA E DIREITO FUNDAMENTAL.....	137
8 CONCLUSÕES	140
REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

Um paciente portador da doença de Parkinson aciona o Estado para obter medicamento prescrito por seu médico neurologista, cujo custo está, todavia, além de sua capacidade econômica. Apesar de ter tentado obter o remédio em posto médico do Sistema Único de Saúde, sua empreitada não foi bem sucedida. Em juízo, o ente público responsável alega que o fornecimento do medicamento se condiciona às “possibilidades” do órgão de saúde.

A situação acima descrita não é meramente hipotética¹. E retrata o que muitos pacientes enfrentam no contexto atual do acesso e distribuição de remédios. O alto custo de alguns medicamentos tem sido a razão de inúmeras solicitações de assistência pública. Nem sempre, porém, o Estado se predispõe a oferecer o remédio pretendido. Às vezes, por não estar circunstancialmente entre as prioridades da Administração Pública.

Esse retrato da atualidade é característico do sistema capitalista ocidental, em que a escassez, própria dos bens colocados à disposição das pessoas, implica a existência de um custo para o seu acesso. A restrição, que decorre dessa escassez, talvez apresente sua face mais perversa, quando se constata que serviços de saúde e medicamentos também têm um preço.

O acesso aos bens da medicina tem sempre um custo envolvido, seja ele suportado pelo Estado, seja pelo próprio indivíduo. Além disso, os avanços e promessas de novos tratamentos surgem, mas os preços são ainda mais elevados. As novas tecnologias tendem a restringir-se a pequeno número de privilegiados, enquanto a maior parte dos que precisam permanece alheia a qualquer chance de inclusão.

A esperança de cura, diante da prescrição de um medicamento inovador, mas de custo proibitivo ao paciente, tem sido o motivo de muitas controvérsias levadas ao Poder Judiciário. Aciona-se o Estado com a expectativa de obtenção de fármacos, prescritos como indispensáveis à saúde e manutenção da vida. Fala-se de direitos fundamentais, com o argumento de que a pretensão de acesso a medicamento ou serviço de saúde nada mais significa do que um consectário lógico do direito à vida, e de seus correlatos direitos à saúde e assistência farmacêutica.

A Constituição brasileira de 1988 declara o caráter fundamental do direito à vida e

¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0002936-51.2006.4.01.3903-PA. Relator Des. João Batista Moreira. Publicado no e-DJF1 p.72 de 26/11/2010. Disponível em: <www.tfl.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2011.

expressamente indica a saúde como um dos direitos sociais encartados em seu artigo 6º. Autoriza o estabelecimento de uma política de assistência farmacêutica, que inclui a dispensação de medicamentos pelo Estado a quem deles necessite. Mas a promessa formal da Constituição na estatuição de direitos da saúde não se tem feito acompanhar de uma política de pleno acesso aos produtos farmacêuticos. As deficiências no atendimento a esse setor podem ser reveladas a partir das inúmeras ações judiciais que invocam a prestação de enorme variedade de serviços e medicamentos, constituindo o fenômeno jurídico que vem sendo denominado de “judicialização do direito à saúde.”²

Constata-se, de início, um claro descompasso entre o leque de direitos formais protegidos pelo ordenamento jurídico nacional e a realidade carente de afirmação de direitos. Dúvidas são lançadas quanto ao tamanho da proteção ao direito à saúde, em que medida se pode considerá-lo efetivo, ou se reduzido está à qualidade de mera norma programática, sem proteção real.

O aumento considerável de ações judiciais com a pretensão de que o Estado forneça medicamentos e tratamentos de saúde, lastreadas no grande campo de proteção fundamental da Constituição é sintoma de que algo não vai muito bem, no campo das políticas públicas em torno da proteção à saúde.

A judicialização da saúde tem-se tornado mais um entre os paradoxos que envolvem os direitos prestacionais, tanto por exigir conhecimentos técnicos distantes da formação jurídica, como por envolver ações e medidas cujas conseqüências são complexas e, portanto, de difícil compreensão numa dimensão coletiva.

A medicina avança e novos medicamentos são postos à venda. O custo é monumental e uma fatia mínima da população a eles pode ter acesso. Salvo medidas assistenciais por obra da sociedade civil, a única possibilidade de dispor de medicamentos de elevado custo, para grande parte da população, decorre da interveniência estatal. E, quando este não supre voluntariamente esse papel, tem-se recorrido a ramo específico do poder estatal, o Poder Judiciário, na expectativa de que este incorpore novos remédios em sua pública lista de fornecimento.

Podem ocorrer situações em que o motivo para a judicialização não decorra necessariamente do custo, onde não haja qualquer dúvida de que o remédio requerido é necessário e já assim reconhecido pelo Estado, mas ainda assim ocorra a negação do direito à assistência

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/03/2010, DJ 30-04-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2010.

farmacêutica por outros motivos, como *v. g.* ineficiência administrativa.

A investigação da judicialização da saúde é o escopo do presente trabalho, vista aqui como fenômeno alvo da própria pesquisa científica no direito. É também problema para o qual não se antevêm respostas simples e imediatas. Impõe-se ao direito compreender esse fenômeno, examinar as características principais que o revestem e esquadriñar algumas respostas provisórias, em meio ao contexto teórico atual. O direito, aliás, não se apresenta como esfera independente e isolada; comunica-se com outras fontes de informação e sistemas. Alimenta-se e renova-se a partir das influências oferecidas pela realidade. O direito só existe em função da realidade e não há como as soluções judiciais para o problema dos medicamentos se distanciarem dessa sua qualidade inata.

Pretende-se, pois, examinar algumas concepções teóricas que sustentam ou que podem ajudar a melhor compreender as atuais pretensões judiciais de medicamentos. Convém contextualizá-las com formas de pensar que permitam um acesso entre o direito e outros campos do saber; entre o direito e a realidade.

Para isso, urge tratar da força normativa dos direitos fundamentais, que no presente estudo, traduz-se em efetividade da proteção à saúde. Em relevo, a política governamental de medicamentos e a intervenção do Poder Judiciário, como órgão do poder que fiscaliza o próprio poder; o cumprimento da política de acesso pleno aos meios de saúde, inclusive aos meios farmacêuticos de proteção à vida, na perspectiva da interferência judicial, seus dogmas, acertos, excessos e omissões.

Em outra perspectiva, impõe-se examinar a influência da doutrina neoconstitucionalista nesse assunto, já que aquela amplia o papel da Constituição na regência da vida política do país. Na Lei Maior consta mais do que uma simples estruturação do poder constituído. Abre-se um leque instituidor de dezenas de garantias individuais e coletivas. A opção política de inclusão de direitos sociais no bojo das garantias fundamentais pode enfraquecer ou fortalecer o senso de efetividade, conforme o que seja prometido em abstrato seja ou não concretizado no meio social.

Uma das discussões mais importantes em torno do tema do acesso aos medicamentos é a legitimação do Poder Judiciário para concretizar o direito à saúde. A doutrina da separação de poderes de Montesquieu prossegue com o pensamento que já existia desde Aristóteles, acerca da necessidade de cisão do poder uno. E com essa repartição de funções do Estado, ao Judiciário supõe-se a tarefa de aplicar as leis ao caso concreto, substituindo-se às vontades das

partes. Sem avançar nas controvérsias que cercam esse modelo de divisão do poder, muitas lacunas pesam na definição do campo de atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, que seguramente é muito maior do que o de estrita aplicação de leis, mas menor do que o de um poder de lançar políticas públicas e fazer escolhas administrativas.

O presente trabalho desenvolver-se-á numa metodologia que examinará o fenômeno da judicialização da saúde sob variadas perspectivas. Karl Popper ensina que “o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente de problemas.”³

No primeiro capítulo, será descrito o problema central do acesso a medicamentos no Brasil, as dificuldades, os esforços empreendidos, além da interferência judicial como um fenômeno real em meio a esse contexto de dificuldades na obtenção de medicamentos por parte da população.

O segundo capítulo terá como foco o direito à saúde de um modo geral, seu nascimento como conquista política social, e sua evolução para o consenso de que é um direito social; suas possibilidades e mecanismos de garantia hodiernos.

No terceiro capítulo, será objeto de pesquisa o tema dos direitos fundamentais e discutida a presença do direito à saúde nesse rol. Para isso, será importante indagar sobre o próprio conteúdo dos direitos prestacionais e a previsão da saúde como direito social e seu tratamento a partir dos propósitos de universalização na cobertura e atendimento.

No quarto capítulo, após uma introdução sobre o neoconstitucionalismo, atenção maior será dispensada à proteção constitucional da saúde, sob o aspecto da proteção dos direitos fundamentais no panorama jurídico brasileiro. Nesse contexto será retomado o tema do papel da ciência jurídica na interpretação e aplicação do direito, influenciado pela orientação neoconstitucionalista.

O quinto capítulo avançará sobre o tópico da judicialização da saúde, visto como um fenômeno jurídico em meio a questionamentos sobre a legitimidade do Poder Judiciário, como órgão encarregado do exame das leis, o problema da separação dos poderes, além do exame do próprio ativismo judicial, fenômeno mundial que encerra aspecto proativo do julgador.

O sexto capítulo visará examinar, ainda que em linhas gerais, a dimensão econômica do

³ POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 14.

direito à saúde. Após uma breve incursão sobre o tópico do custo dos direitos, serão enfrentados alguns posicionamentos da escola teórica “análise econômica do direito”, sobretudo a partir de referências teóricas de Richard Posner, a qual pode favorecer uma maior compreensão sobre o acesso a medicamentos, tamanha a relação desse tema com os tópicos da eficiência e economicidade.

O sétimo capítulo pretende debater, ainda que provisoriamente, sobre alguns critérios já adotados pela doutrina nacional, a respeito das decisões judiciais que determinam ao Estado a prestação de medicamentos. Serão discutidas algumas soluções jurisprudenciais sobre a matéria, a começar pela recente sistematização produzida pelo Supremo Tribunal Federal.

O método deste trabalho, relativo à exposição do tema apresentado, será, na medida do possível, hipotético-dedutivo. Como se pode antever da disposição mesma dos itens a serem apreciados, a análise jurídica da matéria investigada será mediante o pensar do problema. Do problema parte-se para os argumentos que são recorrentemente utilizados na doutrina e jurisprudência, formulam-se hipóteses provisórias, conjecturas, retorna-se ao problema redimensionado, para dele extraírem-se acertamentos e conclusões aceitáveis⁴.

Por outro lado, o estudo desse tema exige, como visto, abordagem interdisciplinar. Não se pode olvidar, no entanto, seria grande pretensão, incerta, aliás, estender-se no presente trabalho em considerações de ordem sociológica, econômica ou de ciência política. O que aqui se objetiva é tão só referir-se a alguns elementos “de fora” do direito – se assim pudesse ser dito – para que se os coloquem da forma como, de um modo e de outro, ingressam no mundo do direito. Ou seja, o tecnicismo de cada linguagem setorial entra no universo jurídico com certa perda semântica, tanto pelo desconhecimento do intérprete, como mesmo pela impossibilidade de que as linguagens se sobreponham plenamente.

No exame de ideias e soluções ofertadas a partir do estudo interdisciplinar, é oportuno o uso do método tópico, com os quais se podem visualizar argumentos comumente utilizados como pano de fundo para a solução de casos judiciais.

Não há soluções fáceis e imediatas, no entanto. O estudo de como o Judiciário se posiciona e deve se posicionar em relação às demandas por medicamentos exige uma contínua inquietação do investigador, do intérprete e do jurista. Ao passo que novas demandas aparecem, o problema ganha complexidade ainda maior. À medida que se testemunha o

⁴ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

avanço da medicina, novas carências surgem, novos anseios e esperanças se estabelecem. A luta pela vida ou pela melhor qualidade de vida encontra barreiras nas limitações da vida coletiva.

Tais circunstâncias não impedem o desenvolver de uma pesquisa sobre tema de tanta importância nos dias atuais. Tais dificuldades antes alimentam o presente trabalho de expectativas, além da disposição para que ofereça algum contributo, mínimo, ao emaranhado de possibilidades e soluções já presentes no universo jurídico.

1 A PROBLEMÁTICA DO ACESSO A MEDICAMENTOS NO BRASIL

1.1 INTRODUÇÃO TEÓRICA AO PROBLEMA: CIÊNCIA JURÍDICA⁵ E INTERPRETAÇÃO DO MUNDO REAL

A presente pesquisa propõe-se a enfrentar problemas em torno do fenômeno do acesso a medicamentos por intermédio de decisões judiciais. Se o tema tem encontrado respostas do direito, especialmente na práxis, é importante identificar o quadro ideológico que tem fundamentado as demandas em juízo.

O exame da matéria em questão, sob o aspecto de um problema a ser resolvido, desafia esforço do intérprete do direito, na medida em que há um confronto direto entre duas formas de pensar o direito, quais sejam o pensamento sistemático e o pensamento problemático, do qual a tópica constitui uma de suas possibilidades.

A pesquisa acadêmica em si é trabalho que demanda pensamento sistematizador e organizador de ideias, as quais se constroem e desenvolvem ao longo de todo o esforço investigativo. Nesse contexto, os propósitos da presente abordagem são modestos e não pretendem ir além do que simples roteiro de ideias em torno de tema vasto, importante e desafiador. Do estudo iniciado a partir do problema, imagina-se que haverá ganho qualitativo na pesquisa, em termos de enfrentamento da realidade. Com efeito, ao partir-se de fato pontual e limitado, para um esboço de sistematização, ao menos serão identificadas ideias aplicáveis a mais de um caso e compreensão do fenômeno como um todo.

A opção metodológica que aqui é feita, a problematização, parte de uma grande dificuldade de compreender a judicialização da saúde, a qual contém características que a tornam de singular ocorrência. Trata-se de demandas que, em geral, relacionam-se com o valor “vida” de modo direto e imediato e impõem ao julgador um duro conflito de valores, impondo que se posicione entre a efetiva implementação do direito e a aceitação de argumentos restritivos, em nome da isonomia e responsabilidade da gestão da coisa pública.

A preocupação em examinar a situação exposta transforma-se em problema. Trata-se, por outro lado, de uma preocupação com a realidade, de atentar para o mundo real, *a priori* e na

⁵ Adota-se aqui a posição favorável a uma ciência jurídica. Refoge, porém, ao objeto deste estudo as razões dessa vinculação.

maior medida possível, liberta de estruturas tradicionais pela só força da tradição⁶. Em que pese a todo esforço, serão sempre e apenas tentativas. Pré-compreensões se fazem inevitáveis a todo o momento.

E o fato de o direito requerer um exame calcado na realidade significa, grosso modo, efetividade. Da análise de casos jurisprudenciais variados, aliás, muito se observa a preocupação argumentativa com efetividade dos direitos e necessidade de se transpor do mundo das ideias para o mundo real⁷.

O direito, objeto da pesquisa jurídica, convém ser cindido em pelo menos dois momentos. O primeiro deles diz respeito ao pensar o direito, em outras palavras, a atividade do jurista. O segundo momento é a atividade do aplicador do direito no caso concreto, do juiz, do momento decisório que resulta de uma interpretação jurídica.

E no primeiro momento, inclui-se a atividade epistemológica, que significa dizer do que se ocupa a ciência⁸. É o pensar da ciência e sobre o seu papel de ciência.

Sobre os dois distintos momentos do direito, seja na atividade do jurista/pesquisador do direito, seja na atividade do julgador, há muitas indagações sobre a abrangência da ciência jurídica. Uma delas é saber se o seu objeto inclui ambos esses momentos. Kelsen, como se sabe, entende que não cabe à ciência jurídica avaliar o momento de julgar. De fato, para Kelsen a ciência jurídica é eminentemente descritiva e cumpre-lhe apenas identificar uma moldura de soluções possíveis.

Numa perspectiva kelseniana, que se orienta como eminentemente formal e idealizada, a ciência jurídica tem um caráter eminentemente estrutural, já que examina o direito do ponto de vista da interrelação entre as normas. A validade destas decorre não de um conteúdo moralmente aceito, mas de uma legitimação decorrente de outra norma que lhe dê supedâneo. Há, pois, sucessiva hierarquização entre as normas, até o ápice do sistema, a norma fundamental, que, por necessariamente preceder a criação da primeira norma jurídica existente no ordenamento, não é ela posta, mas pressuposta.

Hans Kelsen considera como política a atividade de julgar e por isso a exclui do objeto da

⁶ Cf. POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 19.

⁷ Tome-se aqui como exemplo fundamento aplicado em decisão do Superior Tribunal de Justiça, voto do Ministro Luiz Fux, que, ao examinar a discussão sobre o acesso a medicamentos, conclui: “a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 200701125005. Relator Min. Luiz Fux. Primeira Turma, 24/08/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 jan. 2011).

⁸ MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 2.

ciência jurídica. Reconhece que a valoração relaciona-se com o direito, no momento decisório. Seu entendimento, porém, é que a ciência jurídica não pode contribuir, nem legitimar os valores que existem na norma jurídica. O valor que necessariamente surge no ato de criação da norma é desprezado pela teoria pura do direito, porquanto a esta só interessa a posição de determinado preceito jurídico na hierarquia de normas e seu peso funcional, no jogo de influência e validação com as demais regras. A ciência jurídica não quer ensinar nada, apenas descrever, é o que o autor diz.

Em outras palavras, a missão da ciência jurídica é localizar as normas possivelmente aplicáveis em torno de uma situação estudada, definir um quadro de possíveis interpretações, inclusive da análise de diversas normas de competência (não autônomas, conforme a teoria pura do direito), sem se pretender, todavia, avançar no aspecto qualitativo do conteúdo apreciado.

Assim é que, por exemplo, em sendo necessário avaliar o ponto em que o direito (positivo) se encontra em relação ao tema do acesso aos medicamentos, o enfoque kelseniano permitiria até identificar-se, *v. g.*, os poderes conferidos à autoridade judicial no ordenamento jurídico, mas não ultrapassaria a barreira de ofertar as soluções teoricamente possíveis, em meio a uma moldura interpretativa.

Problema intransponível, no entanto, no caso estudado, já que essa barreira pode significar interpretações opostas, que permitem tanto a garantia plena do direito⁹ como a sua negação.¹⁰

Hans Kelsen qualifica como normas jurídicas as disposições estabelecidas pela “autoridade do Direito”, ao passo que as proposições jurídicas são as formuladas pela Ciência do Direito. “As proposições que descrevem normas jurídicas, em consciente oposição ao habitual uso da linguagem”¹¹, no qual são aplicadas ambas as expressões como sinônimos.

Num contexto de implementação do direito à saúde, torna-se imprescindível a compreensão do papel da ciência jurídica, como norteadora da pesquisa e argumentação com vistas à apreciação dos princípios prevalentes e das normas que exigem primazia diante de outras.

⁹ “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000, p. 1409. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2011).

¹⁰. “A Constituição Federal não cria uma relação jurídica direta entre o Estado e os indivíduos, razão pela qual não há nenhum direito subjetivo imediato. Estes surgirão apenas como efeito indireto depois do estabelecimento de políticas públicas.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0003272-74.2010.8.26.0576. Relator Des. Urbano Ruiz. Comarca: São José do Rio Preto. Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público. DJ 25/02/11. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 27 fev. 2011).

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986. p. 196.

Na realidade jurídica brasileira, o arcabouço normativo não escapa a paradoxos e perplexidades na definição de preceitos e premissas fundamentais, no que o direito, como fruto de uma aplicação sistematizada de normas jurídicas, requer uma definição quanto à forma de interpretação.

Dúvidas surgem sobre se a estruturação formalista do direito, de orientação kelseniana, é passível de coadunar-se com a moderna concepção neoconstitucionalista de efetivação de direitos. Isso porque se, por um lado, o neoconstitucionalismo confere lugar central à Constituição no ordenamento jurídico – o que em si não contraria o pensamento kelseniano¹² –, por outro lado, o compromisso com o conteúdo dos direitos e sua efetividade não condiz com a posição de exclusão do aspecto decisório do centro de preocupação da ciência jurídica.

O fato é que aumentam as vozes em torno de uma compreensão jurídica que se oriente para os valores encartados no texto constitucional, de modo a que o direito tenha um papel transformador e realista, não apenas conservativo e, por isso, inoperante. “O nosso futuro, dizia Luhmann, não poderá nunca ser como o nosso passado. Por isso, no que diz respeito à ação, devemos decidir; no que concerne ao conhecimento, devemos descrever.”¹³

Convém destacar o pensamento de H. L. A. Hart, incisivo que é na crítica ao pensamento positivista incorporado por Kelsen, especialmente quando atribui à sanção a primazia no direito. Hart salienta que a adoção dessa teoria tem a vantagem de dar uma uniformidade às normas jurídicas, na medida em que estas só se reconhecem mediante a identificação, em algum nível, de um caráter sancionatório. No entanto, a associação do direito a essa característica como ponto fundamental representa, segundo Hart, um alto preço a se pagar, considerando-se a distorção efetuada por essa reformulação¹⁴. Com isso se ignora, v. g., a grande importância do direito como orientador social.

Por outro lado, o fato de ser importante o modo como os tribunais aplicam as sanções não significa que basta compreender o processo de aplicação das penalidades para que se absorva plenamente o fenômeno jurídico. Como explica Hart, as principais funções do direito como controle social não estão no litígio privado ou nos processos penais, mas sobretudo na forma como o direito regula a vida fora dos tribunais.

Hart explica o direito comparando-o com as regras de um jogo de críquete ou de beisebol, no

¹² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 179.

¹³ GIORGI, Raffaele de. Apresentação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 12.

¹⁴ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 52.

qual as normas que impõem sanções representam na verdade limites de conduta do jogador dentro de um espaço de liberdade, sendo que o propósito dessa regulação não é aplicar em si as sanções, mas permitir que o jogo aconteça de modo adequado.

Com isso não quer se negar a importância do caráter sancionatório do direito, mas essa característica não pode ser deslocada para o lugar central do direito, a ponto de se dizer que “a conduta prescrita não é devida, devida é a sanção”. Esse pensamento, como visto, deforma a própria noção de direito, omitindo-lhe aspectos fundamentais na regulação da conduta humana. Se essa concepção é aceitável ante as normas penais, o mesmo não se pode dizer quanto à estrutura de normas estatuídas numa carta constitucional, em especial nas regras que definem programas de governo, direitos sociais, normas de conteúdo positivo e prestacional.

Essa redução do direito à sanção revela mais uma vez o traço desideologizante de Kelsen e sua pretensão de extirpar do direito – objeto da ciência jurídica – qualquer elemento valorativo. Ora, se o direito se restringe à sanção, em algum nível, isso autoriza concluir que o conteúdo do direito já apresenta substancial redução (aqui enxergada a teoria pura do direito apenas no seu plano estático).

O problema é ainda maior quando se dá conta de setores como o direito constitucional em que se está repleto de normas cujo caráter sancionatório não se faz tão evidente. Fala-se há muito de *lex imperfecta*¹⁵ para designar normas de competência ou ordenação do Estado, sobre as quais não são previstas sanções em caso de descumprimento.

Como arriscar ainda a encontrar o aspecto sancionatório do direito diante de deveres prestacionais, como os de fornecimento de medicamentos ao particular. O descumprimento de normas constitucionais que obrigam o Estado a dispensar remédios a quem deles necessite, dificilmente pode ensejar conseqüências negativas ao agente político ou administrativo descumpridor do preceito constitucional. Pode-se falar, é bem verdade, em atos de improbidade administrativa e até mesmo crimes de responsabilidade, mas são de difícil constatação e responsabilização, sobretudo em casos de omissão.

Se a ciência jurídica pode apenas oferecer uma moldura, dentro do qual qualquer decisão que se extraia não é mais atividade científica, as principais discussões em torno de um tema que visa a discutir o conteúdo de decisões judiciais ficariam de fora do que se denomina ciência jurídica. A teoria pura do direito não exhibe, pois, grandes perspectivas de enfrentamento da questão do acesso a medicamentos por intermédio de decisões judiciais.

¹⁵ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. 3.ed. Lisboa: Estampa, 2005. p. 89.

1.2 CIÊNCIA JURÍDICA E PENSAMENTO DO PROBLEMA

O ideário de uma autonomia do direito leva a caminhos diversos, conforme se conceba o sistema jurídico como autossuficiente e estanque, insuscetível a referências externas.

A interdisciplinaridade é necessária para a melhor compreensão dos fenômenos que se colocam à observação. E sua importância cresce em determinados temas, como por exemplo do que envolve a relação entre política e direito, o papel do Judiciário no campo das políticas públicas. Como explica Maria Paula Dallari Bucci, “ter-se firmado como campo autônomo, dotado de ‘objetividade’ e ‘cientificidade’ – desafios do positivismo jurídico – é um objetivo até certo ponto realizado pelo direito”, o que possibilita que pesquisadores voltem suas atenções às demandas sociais que são a base das formas jurídicas.¹⁶

Por outro lado, abrir-se às interferências de outras esferas do conhecimento sem alguma filtragem ou reinserção cuidadosa, faz que o direito fique a mercê de construções e raciocínios próprios dessas outras esferas. Tome-se, por exemplo, o risco de que o pensamento economicista domine as conversações jurídicas e, assim, a implementação de um princípio constitucional se resuma à mera análise de eficiência e controle de recursos públicos.

Algumas visões do direito como um sistema jurídico intercomunicativo, mas autônomo, podem contribuir para essa esperada confluência de valores e razões de um campo a outro, de modo a que, aquilo que se espera no campo jurídico, qual seja o ideal de justiça, possa se concretizar.

Por sistema pode-se entender “a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia”¹⁷. Além da unidade, Canaris lembra também a característica da ordenação¹⁸, ou seja, a própria logicidade do sistema e para muitos, a sua cientificidade.

Disso se conclui que, para que o Direito seja reconhecido como um sistema, impõe-se considerá-lo como passível de ser ordenado logicamente e atenda a uma unidade conceitual.

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

¹⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 833. Canaris afirma que ainda hoje é determinante a definição clássica de sistema concebida por Kant. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 9).

¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 106.

Em outras palavras, que seja objetivo¹⁹.

Na visão de Canaris, rechaça-se ainda a sistematização formalista²⁰ que apaga a valoração no direito e na adoção de seus conceitos fundamentais. O sistema é aberto, móvel, e dotado de função.

A abertura está associada à incompletude do conhecimento científico e a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais²¹. O sistema jurídico é, em verdade, sempre um projeto de sistema jurídico, porquanto provisório.

A mobilidade indica a substituibilidade dos critérios adequados de justiça. O direito é composto por partes móveis e partes imóveis, sendo que o direito positivo é substancialmente composto de partes imóveis, mas compreendendo partes móveis. Regras jurídicas que encaminhem a solução de um caso a partir da ponderação de vários fatores, sem que haja uma hierarquia rígida entre eles.²²

A função do sistema identifica-se, de acordo com a teoria de Canaris, com duas tarefas. Em primeiro lugar, o sistema favorece a composição do conteúdo teleológico da norma ou instituto jurídico como parte integrante da ordem jurídica. “Só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo.”²³

O sistema serve ainda a garantia de uma “adequação valorativa”, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas²⁴. Dito de outro modo, as eventuais incongruências do sistema jurídico são temporárias e resolvidas por intermédio dele mesmo.

Há ainda uma diferença clara entre tarefa da legiferação e da jurisprudência. A jurisprudência tem parcialmente a ver com a execução compreensiva de valorações já colocadas, mas não com a escolha tópica de premissas e que, por consequência, ela é fundamentalmente uma doutrina do entendimento justo e não uma doutrina da atuação justa.

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 13.

²⁰ A saber, concepções como a de Hans Kelsen. Canaris qualifica como “impróprios para traduzir a unidade interior e a adequação de uma ordem jurídica todos os sistemas de ‘puros’ conceitos fundamentais”. Admite, porém, que com isso os conceitos fundamentais que propõe, em razão de conceberem valores, serão sempre historicamente condicionados. (*Ibidem*, p. 27).

²¹ *Ibidem*, p. 106.

²² *Ibidem*, p. 135.

²³ *Ibidem*, p. 156.

²⁴ *Ibidem*, p. 173.

Como se vê, o pensamento sistemático pode vir a reforçar o lado normativo, reduzindo o espaço de criação do direito. Por criação aqui se entenda uma interpretação mais aberta e que ceda espaços a influências de toda sorte, como por exemplo influências da visão econômica do direito. Essa influência pode se dar somente nos campos móveis por ele definidos. Com isso, ganha-se estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas, o que compõe afinal um dos elementos importantes da justiça.

O pensamento tópico, de sua parte, reconhece alguma sistematicidade no direito, que decorre simplesmente dos princípios e regras jurídicas.²⁵

Canaris admite a tópica para espaços que o pensamento sistemático não consiga alcançar, como recurso de atuação correta do julgador. Nas suas palavras, “a tópica é, por um lado, um mero recurso e um primeiro passo para uma determinação sistemática, representando também, por outro, o único processo justificado.”

Ao pensar o fenômeno em exame no presente trabalho, tem-se em conta que, no direito brasileiro, grande parte das controvérsias em torno do tema prestação de medicamentos via judicial vêm se resolvendo por obra da dogmática e da própria compreensão sistematizadora do direito.

Haveria, assim, algum espaço para a tópica em determinados pontos ainda obscuros da pesquisa sobre o acesso a medicamentos, por intermédio do Judiciário. Serão, inclusive, analisados na parte final mais detidamente casos jurisprudenciais, soluções dadas pelos Tribunais, com respeito à sistematização e pontos em que a solução do problema se dá com a argumentação em torno de um senso comum, sem primazia da atividade do legislador sobre a do juiz²⁶, e cujas premissas se analisam em tópicos sem uma hierarquização previamente entabulada. Como visto, Canaris reserva um pequeno espaço para a tópica, entendendo que lhe resta uma função significativa a cumprir na Ciência do Direito “sempre que faltem

²⁵ De fato, Viehweg visualiza a ciência do direito como uma técnica que está a serviço de uma aporia, mas ao mesmo tempo propõe que essa “Jurisprudência” se desenvolva por meio da sistematização dedutiva da Ciência do Direito. “A Jurisprudência terá de ser entendida como um procedimento particular de problematização, que, como tal, é objeto da Ciência do Direito.” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 97 e 16). Canaris salienta que “Viehweg caracteriza a tópica como a ‘técnica do pensamento problemático’ e parece conceber a expressão ‘técnica’ como o oposto de ‘ciência’. [...] No entanto, Viehweg reconhece, junto das ciências que trabalham de modo lógico-dedutivo, um segundo tipo de Ciência (com que ele concordaria) e no qual quer situar a Ciência do Direito, também através da afirmação da sua estrutura tópica fundamental.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 16).

²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 263.

valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas”²⁷, casos em que “as normas só podem aqui ser preenchidas, em termos de conteúdo, através do juiz, de tal modo, que este deve actuar como o legislador, decidindo, afectivamente, acerca da máxima do ‘comportamento correto’.”²⁸

Luhmann, que aplica a teoria dos sistemas autopoieticos ao direito, considera-o como um subsistema do sistema que é a sociedade, onde existem outros subsistemas. A própria sociedade é um sistema social diferenciado²⁹. O sistema jurídico é um sistema funcional que se diferencia no interior da sociedade. Ao modo de suas próprias operações, o direito assegura sempre também a autoreprodução (autopoiese) do sistema social. Ele utiliza, para esse fim, de meios de comunicação que não se podem dissociar por completo de um senso de compreensão normal. O sistema jurídico cumpre uma função para a sociedade, está a seu serviço, mas também participa na sua construção real, de tal forma que no direito, como em todo lugar na sociedade, o senso usual das palavras (nomes, números, signos designando os objetos ou ações etc.) pode e deve ser pressuposto.

O sistema jurídico distingue a si próprio do ambiente intrassocial (e também extrassocial) do direito. Ele não se identifica nem com a política nem com a economia, nem com a religião, nem com a educação, não produz qualquer obra de arte, nem cura nenhuma doença, nem difunde qualquer novidade, embora não possa existir se nada disso tiver lugar. O direito resta, portanto, em grande medida, dependente de seu ambiente, como todo sistema autopoietico, e a artificialidade da diferenciação funcional do sistema social aumenta ainda mais essa dependência.

Como sistema fechado que é, o direito é totalmente autônomo sobre o plano de suas próprias operações. Só o direito pode dizer o que é juridicamente legal e ilegal e, para decidir essa questão, é preciso sempre levar em consideração os resultados das operações próprias do sistema e das consequências resultantes dessas operações para as operações seguintes. O sistema adquire sua estabilidade estrutural a partir dessa própria recursividade.

O sistema jurídico de proteção à saúde deve levar em consideração os ditames constitucionais e legais, e ser autorreferente, sob pena de se perder a identidade própria de sistema jurídico e sucumbir às regras de outros sistemas (política, economia).

²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 269.

²⁸ *Ibidem*, p. 270.

²⁹ LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*. Tradução (do alemão para o francês) de Michel van de Kerchove. *Droit et Société*, Paris. n. 11-12. 1989. p. 53-67.

Por outro lado, Luhmann informa que o direito trata de uma forma diferente de qualquer outro sistema as expectativas normativas que serão dotadas de uma capacidade de resistência em caso de conflito. O direito, com efeito, não pode garantir que as expectativas correspondentes não serão frustradas, mas pode assegurar que elas serão mantidas como expectativas, mesmo no caso de serem frustradas e que se possa saber o que fazer saber de antemão. “A normatividade não é, portanto, do ponto de vista sociológico, nada além do que uma estabilidade contra os fatos ou uma forma particularmente exigente de faticidade”³⁰. O direito, na medida em que protege as expectativas, dispensa a pretensão de conhecer os conflitos e de se adaptar. Ele deixa também entrever a solução dos conflitos e (assegura ao mesmo tempo a possibilidade de investigar os conflitos e de superá-los), porque ele decide antecipadamente sobre esse assunto (como sempre nos casos particularmente duvidosos) que deve e que não deve os conhecer.

A sociologia do direito, por outro lado, é outro sistema do direito. E, embora se ocupe do direito, não determina o que é legal e o que é ilegal. Só o sistema jurídico é que o faz. O sistema é, portanto, autônomo. Nem toda referência ao direito tem a qualidade de uma operação interna do sistema jurídico. Entretanto, cada vez que uma comunicação interfere no contexto de uma aplicação do direito, é levada em consideração num conflito jurídico e modifica o direito. O tratamento de expectativas normativas de natureza jurídica é, por sua vez, uma operação interna ao sistema jurídico, que redefine simultaneamente as fronteiras do sistema jurídico em comparação ao contexto rotineiro que enseja uma questão jurídica.

Nesses casos de fronteiras do sistema, pode-se particularmente estudar o efeito da filtragem do sistema jurídico. A rigidez do código binário, a saber a designação de legal/ilegal traz dificuldades na compreensão do direito, sobretudo em relações que se prolongam no tempo (casamento, relações de trabalho, relações de vizinhança).

A questão de fundamento e de justificação da validade é também ligada à hipótese de uma relação de crescimento em termos de fechamento e abertura. E é como sistema fechado autorreferente que o sistema jurídico pode desenvolver uma adaptação aos interesses sociais.

A judicialização da saúde representa, nesse contexto, um encaminhamento de uma discussão complexa, para um foro em que as premissas são mais reduzidas, ou seja, nesse caso as orientações em prol da efetividade máxima dos direitos já se encontram previstas

³⁰ “*La normativité n’est donc, d’un point de vue sociologique, rien d’autre qu’une stabilité contre les faits ou une forme particulièrement exigeante de facticité.*” (LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*. Tradução (do alemão para o francês) de Michel van de Kerchove. *Droit et Société*, Paris, n. 11-12, 1989. p. 57).

normativamente, sobretudo na Constituição da República. A simplificação normativa não retira, todavia, a complexidade do mundo real, por mais desapontador que isso possa parecer. A norma, a lei e as tentativas de previsibilidade postas pelo direito são inevitavelmente arremedos de estabilidade e segurança. São retóricas condicionadas a ações, senão apenas retóricas.

O reconhecimento da força constitucional das normas de implementação da saúde, a garantia do fornecimento de medicamentos reconhecida pelas leis e regulamentos, portarias e outros instrumentos de disciplina jurídica, reforçam a conclusão quanto à existência de um sistema jurídico de proteção à saúde e de assistência farmacêutica em ampla medida.

O acréscimo de poderes do Judiciário e as peculiaridades do problema colocado, que é por essência pulverizado numa série de problemas individuais e recorrentes (dificuldades de acesso a medicamentos por parte da população), fazem do Poder Judiciário um lugar para onde se recorre em busca de proteção.

Nos tópicos seguintes, haverá um enfrentamento mais direto da questão estudada, no que pertine à visão do problema em si. Num primeiro momento, as dificuldades que se observam no cenário brasileiro, bem como a regulação que tem amparado, em geral, as demandas judiciais. E ainda neste capítulo a marca da judicialização como fenômeno a ser examinado, e também como problema digno de inquietação acadêmica, pois como se disse na introdução, o incremento da judicialização no setor tende a ser sintomático da ineficácia das ações governamentais na área.

1.3 AS DIFICULDADES DE ACESSO A MEDICAMENTOS NO BRASIL

Não se olvida que no Brasil há dificuldades de acesso aos instrumentos e ações de saúde, que são enfrentadas, sobretudo, por aqueles que dependem do Estado para a consecução desse objetivo social. É certo que a Constituição Federal de 1988 consagra, no artigo 196, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. No entanto, a realidade vivida por grande parte dos brasileiros é muito distante do ideal prometido pela Constituição, inclusive no que se refere ao acesso a medicamentos, tema principal deste trabalho.

A leitura do rol de direitos sociais previstos na Constituição brasileira exige uma atenção incessante à realidade. De nada adianta fazer-se conjecturas sobre o alcance da proteção à saúde se não se atentar aos instrumentos concretos que se tem à disposição.

Aliás, o direito se transforma. A todo o momento a mudança decorre de um olhar sobre o que se movimentou, o que estava antes e o que está agora. O pensamento idealista, firmado num ideal de pureza³¹, não se mostra suficiente diante do quadro jurídico hodierno. Arthur Kaufmann ensina que uma das correntes da filosofia segue para o caminho da pureza, do absoluto, de se fazer afirmações eternas e imutáveis, as quais fracassaram porque, na linha do pensamento kantiano, o conhecimento puro apenas contém a forma através da qual algo é conhecido.³²

É claro que outro ponto fundamental dessa influência se descortina no positivismo jurídico, e mais precisamente no dualismo metódico que o caracteriza. De fato, a divisão entre ser e dever ser é noção fundamental na concepção kelseniana, considerando-se que a partir dela se entende que o direito situa-se no campo do dever-ser, sem se dar importância ao que ocorre no mundo real. Trata-se, em verdade, de um positivismo lógico-normativo, exatamente por considerar o direito no âmbito do dever-ser, e que se opõe ao positivismo empiricista, que preconiza o acesso aos fatos jurídicos.³³

Essa dicotomização revela-se importante para o pensamento positivista (lógico-normativo, como visto), porquanto ao se conceber o direito como centrado na pesquisa do dever-ser, sem se atentar ao que ocorre no universo do ser, enfraquece-se a preocupação em eficácia social do direito, em efetividade, se as regras estão sendo fielmente aplicadas ou não. Para Kelsen, a vigência de uma norma está ligada ao dever-ser, enquanto a sua eficácia prende-se à ordem do ser. Além disso, vigência e eficácia de uma norma jurídica sequer coincidem cronologicamente. Uma norma jurídica entra em vigor antes ainda de se tornar eficaz, isto é, mesmo antes de ser seguida e aplicada.³⁴

Oportuno aqui transcrever a lição de Konrad Hesse, que contesta a separação entre ser e dever

³¹ Karl Larenz observa que Kelsen reivindica para a ciência jurídica um objeto puramente ideal, à semelhança da lógica e da matemática, limitando-o ao campo do racionalmente necessário. E que, apesar de se apoiar até certo ponto no “neokantismo”, dele se afasta quando exclui da ciência jurídica toda e qualquer consideração valorativa, tida como cientificamente irresponsável. (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 48).

³² KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 43.

³³ A exemplo da psicologia jurídica de Bierling ou a sociologia jurídica de Rudolf v. Ihering, Max Weber, entre outros. É o que ensina, mais uma vez, Arthur Kaufmann. (*Ibidem*. p. 120).

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 11.

ser, salientando que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade³⁵.

A norma constitucional assegura o direito à saúde como pleno e universal. No entanto, a realidade apresenta as mazelas de um sistema que não funciona corretamente.

No plano normativo, a saúde é configurada como um direito público subjetivo, sem qualquer menção à reserva do financeiramente possível³⁶. Relaciona-se intrinsecamente com os princípios da dignidade da pessoa humana³⁷ e direito à igualdade³⁸. A proteção constitucional não se refere apenas ao tratamento de doenças, mas também a ações preventivas e ao fornecimento de medicamentos eficazes³⁹.

O Sistema Único de Saúde, concebido como mecanismo de implementação prática do direito à saúde, enfrenta uma série de obstáculos aos seus propósitos de universalidade e integralidade no atendimento e cobertura. As dificuldades são as mais diversas, desde as filas no atendimento médico em hospitais da rede pública, a superlotação de estabelecimentos de saúde⁴⁰, a falta de medicamentos, a disparidade entre a rede pública e privada, enfim, o tratamento de saúde insatisfatório. A camada da população com maior poder aquisitivo vincula-se a planos privados de saúde suplementar, e a rede pública de atendimento em geral resta destinada às pessoas mais carentes⁴¹.

É sabido, decerto, que as dificuldades de acesso a medicamentos traduzem-se em problemas afetos não apenas à realidade brasileira, mas mundialmente preocupantes, dado que o avanço

³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 14.

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 156; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 307; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho. Princípios da ordem social. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.421.

³⁷ “A dignidade da pessoa humana figura como o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos fundamentais, porquanto a busca pela realização de uma vida digna direciona o intérprete do direito à necessária concretização daqueles valores essenciais a uma existência digna.” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146).

³⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 814.

³⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 856; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 1085.

⁴⁰ BITTENCOURT, Roberto José. *A superlotação dos serviços de emergência hospitalar como evidência de baixo desempenho organizacional*. 2010. Tese (Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, p. 68.

⁴¹ “A falta de identificação dos segmentos organizados da população com uma assistência pública e igualitária contribuiu para o enfraquecimento da proposta de caráter publicista e universalista e para o fortalecimento da segmentação, reforçando a perspectiva de que ao SUS cabe a cobertura da população mais pobre e em condições desfavoráveis de inserção no mercado de trabalho.” (MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *O Sistema Único de Saúde: 20 anos. Balanço e perspectivas*. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 25(7):1620-1625, jul, 2009, p. 1622).

das novas técnicas de medicina e oferta de novas drogas para tratamento de pacientes não se faz acompanhar do correlato oferecimento das novas conquistas tecnológicas à população em geral, mesmo em países desenvolvidos.

As indústrias farmacêuticas esperam retorno financeiro ante os vultosos investimentos que despende nas atividades de pesquisa, pratica uma política de preços que varia conforme a novidade do produto e benefício introduzido no mercado, no que argumentam que a margem de lucro auferida propicia a continuidade do trabalho em prol de mais descobertas científicas e novas curas⁴². A livre prática de preços de medicamentos, no entanto, por se relacionar com bens inalienáveis do ser humano, como a vida, a saúde e a dignidade humana, produz iniquidades⁴³. Com efeito, as dificuldades de acesso a medicamentos em razão do custo promovem, em última análise, uma restrição do valor “vida” às pessoas afetadas. Se não podem elas contar com recursos próprios para terem acesso a determinadas ações de saúde e medicamentos de ponta ou inovadores, restam vilipendiadas na compreensão de seus direitos⁴⁴.

Não é à toa que a atividade de medicamentos é submetida a intensa regulação, que passa por intervenção nos preços praticados por mercado, subvenções e gratuidades concedidas pelo Poder Público⁴⁵, como estratégia de atendimento à população em geral. No entanto, ainda

⁴² Tem-se questionado, em verdade, tal argumento em alguns casos em que a inovação não passa de propaganda para vender mais remédios. “A obtenção de produtos inovadores – nova entidade molecular, segundo o órgão americano para controle de medicamentos e alimentos Food and Drugs Administration (FDA), é rara no mercado. Em 2007, somente 17 entidades moleculares foram aprovadas nos EUA. Entre 1998 e 2002 foram aprovados os registros de 415 medicamentos pela FDA; destes, apenas 133 (32%) eram constituídos por novas moléculas. Dos 133, somente 58 eram drogas que apresentavam algum benefício superior aos medicamentos da mesma condição, cerca de 14% do total. No período mencionado, 77% da produção resultaram em medicamentos de ‘imitação’, que são medicamentos classificados pela FDA no mesmo nível de outros já disponíveis no mercado para tratar a mesma condição.” (CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, Junho 2010, p. 423).

⁴³ “O avanço tecnológico da prática médica determina uma redução do seu alcance social. A fragmentação do cuidado médico conduz à especialização, à ênfase em procedimentos complementares, a uma elevação de custos e finalmente à capitalização da assistência à saúde. Isto ocorre justamente quando o sistema político do capitalismo, em crise, mais necessita da saúde enquanto mecanismo de controle social. A crise das sociedades capitalistas ocidentais revela então uma incapacidade do sistema econômico monopolista em prover condições mínimas de vida e saúde para a totalidade das suas populações.” (ALMEIDA FILHO, Naomar de. Bases históricas da epidemiologia. *Cad. Saúde Pública*. vol. 2. n. 3. Rio de Janeiro Julho/Setembro de 1986, p. 307).

⁴⁴ Oportuno aqui citar trecho de reportagem jornalística: “Os brasileiros aprendem desde cedo que existem dois tipos de medicina: a dos pobres, marcada pelas longas filas e falta de medicamentos, e a da classe média, disponível a quem pode pagar por um plano de saúde e saldar a conta da farmácia. É hora de rever esse conceito. Os mais importantes congressos médicos internacionais têm revelado o surgimento de uma terceira medicina, baseada em drogas altamente inovadoras, eficazes e com poucos efeitos colaterais - porém, acessíveis apenas aos muito ricos. Para ter acesso a elas, o cidadão comum tem poucas opções: exigi-las da saúde pública, por meio de processos na Justiça, ou buscá-las através de estudos clínicos nas instituições de ponta.” (SEGATTO, Cristiane. “Super remédios para quem?” *Revista Época*. 363 ed. Rio de Janeiro: Globo, 02 maio 2005)

⁴⁵ Cf. capítulo 3 infra.

assim constata-se muitas lacunas no rol de assistência pública e tormentosos dilemas para os que gerem os recursos de saúde⁴⁶.

Como se verá no próximo tópico, há muitas iniciativas do Estado com o fito de promover a assistência farmacêutica e dissipar as incongruências observadas numa atividade industrial cujas finalidades e objetivos econômicos não diferem substancialmente de qualquer outra indústria, mas que se relacionam com a saúde, bem-estar e vida, valores primordiais do ser humano. É setor em que muitos conflitos e contradições se manifestam. No campo jurídico, alarga-se o questionamento sobre a dimensão dos direitos fundamentais, a existência de limites na proteção e implementação do direito à saúde e, ainda, a possibilidade de se definirem parâmetros ou limites objetivos na tutela e preservação desses direitos. Como se verá adiante, há diferenças entre os argumentos dos indivíduos que contendem com o Estado pelo acesso a medicamentos, e os adotados pelo Poder Público, em sua política de dispensação. A judicialização contempla situações que podem configurar tanto omissão do serviço público como abuso e oportunismo por parte de alguns interessados.

De todo modo, é tarefa hercúlea compreender como uma pessoa gravemente doente possa ser privada de um medicamento indispensável à sua recuperação, apenas porque o custo do remédio está muito além da sua capacidade financeira. Ou porque o fármaco ainda não consta em programas de fornecimento público, já que o Estado ainda não o incorporou em seu protocolo de atendimento. Ademais, sabe-se que, às vezes, uma enfermidade pode simplesmente não ser prioritária, em termos de política sanitária. Ainda mais árduo explicar, pois, como, sem embargo de toda a previsão de direitos à saúde e promoção integral prevista na Constituição, a definição quanto à oferta do remédio pela rede pública dependa de uma série de estudos que pode levar anos a fio até uma conclusão incerta quanto à pertinência de fornecimento de um remédio.

São essas, entre outras, as questões do tema estudado. É problemática que afeta, sobretudo, países com graves desigualdades sociais, que é o caso do Brasil. Mas mesmo nações com elevado índice de distribuição de renda, como os Estados Unidos e a Inglaterra, não ficam de fora do panorama de obstáculos e conflitos no acesso a medicamentos, o que leva a diversas

⁴⁶ Calabresi e Bobbit apontam para as dificuldades que permeiam a adoção de critérios normativos para decidir-se quanto à aplicação de recursos públicos em situações extremas, onde se faz necessário definir critérios objetivos na alocação dos recursos. A abordagem política enfrenta particularmente dificuldades quando é empregada para fazer decisões trágicas, já que esses são problemas de evidente desigualdade e de decisões proferidas abertamente “contra a vida”. [*The political approach has special difficulties when it is employed to make tragic decisions. These are the problems of an exposed inegalitarianism and of exposed decisions against life, and they are the direct analogues of merit wants and costing of lives*]. (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: Norton & Company. 1972. p. 37).

políticas de implementação da política de saúde, conforme peculiaridades e condições econômicas de cada país, tomando em consideração inclusive a própria capacidade industrial⁴⁷. Cuida-se, de toda sorte, de ambiente de difícil compreensão de todos os seus condicionamentos e variáveis, não só por conta de deficiências e dificuldades de gestão da área de medicamentos, mas ainda muitos interesses contrapostos, com pouco ou insuficiente esclarecimento sobre até mesmo o que pretende. Quando se trata de saúde humana, aliás, que não é suscetível de percepção como objeto de uma ciência exata e as respostas nem sempre são prontas e imediatas, as dificuldades de análise das demandas que com ela se relacionam são ainda mais complexas⁴⁸.

O direito não permanece alheio a toda essa constatada dificuldade. Como se pode observar no contexto brasileiro, as discussões sobre o acesso a medicamentos não se restringem aos recintos hospitalares, secretarias de saúde ou faculdades de medicina ou farmácia, mas ingressam com força no terreno judicial, já que o crescimento de demandas em torno da prestação de medicamentos e serviços de saúde é evidente.

No próximo tópico serão observados os esforços empreendidos na área de saúde, em termos de política pública social, voltados à promoção do acesso igualitário e universal à saúde contemplado na Constituição brasileira.

1.4 OS ESFORÇOS EMPREENDIDOS NA GESTÃO DA ÁREA DA SAÚDE

Não se olvidam os esforços empreendidos no país para o tratamento da questão de

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *O acesso aos medicamentos de alto custo nas Américas: contexto, desafios e perspectivas*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Ministério da Saúde; Ministério das Relações Exteriores, 2009, p. 20; LISBOA, Marcos et al. *Política Governamental e Regulação do Mercado de Medicamentos*. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. Documento de Trabalho n. 08. p. 54. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 08 out. 2010.

⁴⁸ Arrow estudou as peculiaridades da assistência médica como objeto da análise econômica. Observa a forma de funcionamento da indústria de assistência médica e a eficácia com que satisfaz as necessidades da sociedade. “As características mais evidentes que distinguem uma demanda individual por serviços médicos é que ela não é constante em sua origem como, por exemplo, para alimentos ou roupas, mas irregular e imprevisível. Serviços médicos, além de serviços de prevenção, compensam somente em caso de doença, um desvio do estado normal das coisas. É difícil, na verdade, pensar em outra mercadoria com tamanha importância num orçamento médio. Alguns serviços jurídicos, dedicados à defesa em processos criminais ou a processos judiciais, poderiam cair nesta categoria, mas a incidência é certamente muito menor (e, claro, há fortes semelhanças entre o mercado legal e o mercado de assistência médica).” Em outras palavras, “as pessoas que precisam de medicamentos não estão em condições de barganhar preços e postergar a sua aquisição. Simplesmente precisam do medicamento e estão dispostas a pagar o preço que for necessário e estiver ao seu alcance.” (ARROW, Kenneth, J. *Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care*. *The American Economic Review*, Vol. 53, n. 5, dec. 1963, p. 942, tradução nossa).

medicamentos. Aliás, os serviços de saúde pública, de um modo geral, passaram nas últimas décadas por uma reformulação para atender a pressões sociais e econômicas para uma maior eficiência e redução das despesas públicas⁴⁹.

A Constituição brasileira de 1988 encerra uma série de disposições sobre a proteção à saúde humana, evocando a presença de um direito social à saúde. O Sistema Único de Saúde identifica-se, nos termos do artigo 198, com um modelo de saúde pública para o Brasil notabilizado pela descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

O enfoque constitucional desse tema, dada a sua relevância para o presente trabalho, será objeto de exame detido no capítulo 4 *infra*. Por ora, cumpre examinar alguns aspectos da vigente política de assistência farmacêutica, observando-se como a esses bens da medicina se estabelece, bem como se dá a repartição, no âmbito administrativo, das responsabilidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

1.5 POLÍTICAS DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA BRASILEIRA

Por obra da Lei n. 8.080/90, institui-se propriamente o Sistema Único de Saúde e com isso a formulação de uma política de medicamentos de interesse para a saúde (artigo 6º., inciso VI).

Como anota Marlon Alberto Weichert, o Sistema Único de Saúde, implantado a partir da Constituição de 1988, pretendia dar uma feição verdadeiramente pública dos serviços de saúde no país. “O SUS foi erguido a partir das ruínas do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), cuja lógica e estrutura funcional se baseavam na contratação de serviços privados de assistência à saúde.”⁵⁰ As dificuldades financeiras e econômicas do Estado no período, aliada à força que ganharam “conceitos liberais e antagônicos à implementação do Estado Social”, dificultaram a implementação do modelo constitucionalmente previsto, ressalta o referido autor.

O fato é que muitos esforços com vistas à implementação das políticas de saúde foram empreendidos. O Sistema Único de Saúde compreende uma série de ações com o propósito de atendimento integral. Integralidade significa todos os passos do acompanhamento médico-

⁴⁹ BITTENCOURT, Roberto José. *A superlotação dos serviços de emergência hospitalar como evidência de baixo desempenho organizacional*. 2010. Tese (Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro. p. 23.

⁵⁰ WEICHERT, Marlon Alberto. Fundação estatal no serviço público de saúde: Inconsistências e inconstitucionalidades. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 10, n. 1 p. 81-97, mar./jul. 2009. p. 83.

hospitalar, o que inclui a assistência farmacêutica.

Em análise mais detida sobre a assistência farmacêutica no país, pode se constatar a presença de diversos normativos e previsões para a promoção desse direito no país.

A chamada Política Nacional de Medicamentos⁵¹ tem por objetivos a definição de uma Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), bem como promover a assistência farmacêutica. Foi instituída pela Portaria n. 3.916/GM de 30 de outubro de 1998, que declinou as prioridades no campo da saúde pública. A Portaria admite que “a despeito do volume de serviços prestados pelo sistema de saúde, ainda há parcelas da população excluídas de algum tipo de atenção”. Estabelece a necessidade de que o profissional médico dê preferência aos produtos padronizados, constantes da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Traça diretrizes para promover a qualidade e eficiência no acesso da população a medicamentos, “ao menor custo possível”, a exemplo da adoção de uma relação de medicamentos essenciais, assim considerados aqueles “considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população”.

É prevista uma contínua atualização da relação de medicamentos essenciais, a qual deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais, visto que não apenas a União, mas os Estados, Distrito Federal e Municípios são também financiadores (artigo 198, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988) e co-responsáveis pelo Sistema Único de Saúde.

No processo de atualização da RENAME, a Portaria encoraja a ênfase no conjunto de medicamentos voltados para a assistência ambulatorial, ajustado, no nível local, às doenças mais comuns à população, definidas segundo prévio critério epidemiológico. Em outras palavras, os medicamentos denominados de dispensação excepcional (aqueles que afetam parcela mínima da população e que dada à raridade da enfermidade, acabam tendo custo elevadíssimo) não têm a mesma prioridade.

⁵¹ “A PNM, aprovada pela Portaria 3.916/98, tem como propósito garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. Envolve diferentes aspectos, entre os quais figuram, por exemplo, aqueles inerentes ao perfil epidemiológico do País, que apresenta doenças típicas de países em desenvolvimento e agravos característicos de países desenvolvidos. Assim, ao mesmo tempo em que são prevalentes as doenças crônico-degenerativas, aumenta a morbimortalidade decorrente da violência, especialmente dos homicídios e dos acidentes de trânsito. Além disso, emergem e reemergem outras doenças, tais como a cólera, a dengue, a malária, as doenças sexualmente transmissíveis e a AIDS. O consumo de medicamentos é influenciado também pelos indicadores demográficos, os quais têm demonstrado clara tendência de aumento na expectativa de vida ao nascer. O processo de envelhecimento populacional interfere, sobretudo, na demanda por medicamentos destinados ao tratamento das doenças crônico-degenerativas, além de novos procedimentos terapêuticos com utilização de produtos de alto custo. Igualmente, adquire especial relevância o aumento da demanda por medicamentos de uso contínuo, como é o caso dos utilizados no tratamento das doenças cardiovasculares e reumáticas e no controle do diabetes.” (SECRETARIA DE POLÍTICAS DE SAÚDE. Política Nacional de Medicamentos. Informes técnicos institucionais. *Rev. Saúde Pública*. 2000, vol.34, n.2, p. 206).

A Lei n. 9.836 de 23 de setembro de 1999 acrescentou um capítulo na Lei n. 8.080/90, para tratar da criação, dentro do Sistema Único de Saúde, de um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, voltado às especificidades da cultura dos povos indígenas “e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.” (artigo 19-F).

Desde a Emenda n. 29 de 13 de setembro de 2000, consta expressamente na Constituição a regra de aplicação mínima de recursos na saúde, em geral decorrente de arrecadação de impostos. Trata-se de determinação a ser observada não só pela União, mas também pelos Estados e Municípios, os quais são inclusive suscetíveis de intervenção federal (artigo 34, inciso VI, *e*, da Constituição), em caso de descumprimento.

A Portaria 373, de 27 de fevereiro de 2002, do Ministério da Saúde, instituiu a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002, que amplia as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica; incentiva a denominada regionalização dos serviços de saúde, que significa levar em consideração as necessidades de cada região e microrregião na definição dos serviços de saúde, incluindo nesse rol de serviços o suprimento e a dispensação de medicamentos da Farmácia Básica.

Já por intermédio da Lei n. 10.424, de 15 de abril de 2002, instituiu-se o subsistema de atendimento e internação domiciliar, no âmbito do SUS.

A Portaria n. 399, de 22 de fevereiro de 2006, também oriunda do Ministério da Saúde, trata do Bloco de financiamento da Assistência Farmacêutica, que se organiza em três componentes: Básico, Estratégico e Medicamentos de Dispensação Excepcional.

O Componente Básico da Assistência Farmacêutica⁵² consiste em financiamento para ações de assistência farmacêutica na atenção básica em saúde e para agravos e programas de saúde específicos, inseridos na rede de cuidados da atenção básica, sendo de responsabilidade dos três gestores do SUS.

⁵² Ainda de acordo com a referida Portaria 399, “O Componente Básico é composto de uma Parte Fixa e de uma Parte Variável, sendo a primeira o valor com base per capita para ações de assistência farmacêutica para a Atenção Básica, transferido Municípios, Distrito Federal e Estados, conforme pactuação nas CIB e com contrapartida financeira dos estados e dos municípios. Já a segunda (Parte Variável): valor com base per capita para ações de assistência farmacêutica dos Programas de Hipertensão e Diabetes, exceto insulina; Asma e Rinite; Saúde Mental; Saúde da Mulher; Alimentação e Nutrição e Combate ao Tabagismo. A parte variável do Componente Básico será transferida ao município ou estado, conforme pactuação na CIB, à medida que este implementa e organiza os serviços previstos pelos Programas específicos.”

O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica consiste em financiamento para ações de assistência farmacêutica de programas estratégicos, entre os quais se incluem o controle de endemias: tuberculose, hanseníase, malária e leishmaniose, Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional; Programa de DST/AIDS (anti-retrovirais); Programa Nacional do Sangue e Hemoderivados; Imunobiológicos; e Insulina.

O Componente Medicamentos de Dispensação Excepcional consiste em financiamento para aquisição e distribuição de medicamentos de dispensação excepcional, para tratamento de patologias que compõem o Grupo 36 – Medicamentos da Tabela Descritiva do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS. Nesse grupo estão medicamentos anti-parksonianos, para doença falciforme, esclerose múltipla, antianêmicos, antipsiquiátricos etc.

A responsabilidade pelo financiamento e aquisição dos medicamentos de dispensação excepcional é do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação e a dispensação, responsabilidade do Estado.

Atualmente, estão em vigor a Portaria nº 2.981/2009 e a Portaria 2.982/2009, que aprovam o Componente Especializado e o Componente Básico da Assistência Farmacêutica, a partir do Pacto pela Saúde (Portaria-GM nº 399/2006 e Portaria-GM nº 204/2007, as quais regularam o financiamento e a transferência dos recursos de saúde), bem como de reunião da Comissão Intergestores Tripartite de 24/09/2009.

De acordo com a Portaria nº 2.981 de 26 de novembro de 2009, com vigência a partir de 1º de março de 2010, o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional passa a ser denominado Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – CEAF, contando com a seguinte descrição, em seu artigo 8º.: "estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde".

Os medicamentos passam a fazer parte de linhas de cuidado divididas em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas. O grupo 1 - Medicamentos sob responsabilidade da União, o Grupo 2 - Medicamentos sob responsabilidade dos Estados e Distrito Federal e o Grupo 3 - Medicamentos sob responsabilidade dos Municípios e Distrito Federal.

De acordo com o artigo 10 da referida portaria, os grupos foram constituídos considerando os seguintes critérios gerais: I - complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente; II -

garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; III - manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão.

No Grupo 1, de responsabilidade da União, estão medicamentos que se encaixem nos seguintes critérios: I - maior complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente; II - refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento; III - medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente; IV - medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.

O Grupo 2, por sua vez, de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal, é constituído sob os seguintes critérios: I - menor complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente em relação aos elencados no Grupo 1; II - refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento.

Por último, o Grupo 3, a cargo dos Municípios e Distrito Federal, é formado a partir dos seguintes critérios: I - fármacos constantes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais vigente e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde, como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas no aludido Componente.

Além dos componentes de dispensação referidos, destacam-se ainda algumas medidas adotadas com vistas ao acesso a medicamentos. Cuida-se de ações complementares e que tem contribuído em setores estratégicos da saúde pública.

A Lei nº. 9.790/99, por exemplo, prevê a promoção gratuita da saúde por organizações da sociedade civil de interesse público. Trata-se, como se pode antever, de políticas que se transferem ao capital privado setores de interesse público, como o de saúde. Por seu intermédio, podem-se criar, *v.g.*, convênios com o objetivo de prestar medicamentos ao chamado “preço de custo”.

Cite-se ainda a Lei n. 10.858/04, que trata da disponibilização de medicamentos pela Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz, mediante ressarcimento, visando a assegurar à população o acesso a produtos básicos e essenciais à saúde a baixo custo, seja mediante venda a preço de custo, seja através do denominado co-financiamento, em que o Estado arca com 90% do valor de referência⁵³. É a chamada “farmácia popular”, que veio a ser instituída pelo Decreto n.

⁵³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Farmácia Popular do Brasil*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=30269>. Acesso em: 18 out. 2010.

5.090/04⁵⁴, que prevê ainda o fornecimento de medicamentos e outros insumos oriundos de sua produção a países com os quais o Brasil mantenha acordo internacional. A implantação da “farmácia popular” não deve ainda, segundo o decreto, importar em prejuízo ao abastecimento da rede pública nacional do Sistema Único de Saúde.

Trata-se de uma política do co-financiamento ou co-pagamento, já adotada em diversos países como Estados Unidos, Inglaterra, França, Portugal, e que apresenta razões de ordem econômica para sua implementação, tais como a redução do consumo excessivo de medicamentos e a racionalização no dispêndio de recursos estatais. Há setores que questionam, no entanto, a conveniência da adoção dessas políticas, sendo que “os co-pagamentos têm uma história de enorme ineficácia como estratégia de contenção dos gastos totais.”⁵⁵

Pode-se ainda mencionar o licenciamento compulsório de medicamentos, com fulcro na Lei nº. 9.279/96, postura que já veio a ser adotada pelo Brasil em alguns casos.

Com isso, observa-se uma estratégia complexa de fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, que consiste em sua classificação técnica em três modalidades principais (atenção básica, estratégica e componente especializado), cujas respectivas medidas para a aquisição e dispensação são inteiramente diversas.

Nota-se, pois, um grande esforço na formação de uma teia de atendimento integral, com propósitos cada vez mais definidos, à medida que o Sistema Único de Saúde amadurece, consolida seus propósitos e traça diretrizes factíveis e ordenadas. Todavia, os contínuos avanços na área da saúde, notabilizados pela gestão mais eficiente dos recursos públicos, não têm afastado insatisfações com o serviço prestado e a luta e reivindicação por melhores condições para a população em geral. Um dos aspectos pelos quais se nota a insuficiência ou, ao menos, a insatisfação com os serviços pode se notar pelo avanço da judicialização da demanda por medicamentos.

Além das iniciativas no plano normativo, é importante consignar alguns avanços no trabalho de dispensação de medicamentos. Dada a complexidade da questão, nota-se a tendência de criação de comitês e órgãos multidisciplinares para acompanhar a rede pública de dispensação

⁵⁴ Dispõe o artigo 1º, § 1º: “A disponibilização de medicamentos a que se refere o caput será efetivada em farmácias populares, por intermédio de convênios firmados com Estados, Distrito Federal, Municípios e hospitais filantrópicos, bem como em rede privada de farmácias e drogarias.”

⁵⁵ CAMPOS, Antonio Correia de. Normativismo e Incentivos: Contributo da Economia para a Administração da Saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães (org.). *Economia da Saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde*. 2 ed. Brasília: IPEA, n. 149, p. 81, 1995.

de medicamentos, o que tem tido relativo êxito na diminuição de hiatos na alocação de recursos nessa área, intermediando as requisições de medicamentos entre particular e Estado, o que tem reduzido o número de ações judiciais.⁵⁶

1.6 A INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO ACESSO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE

Apesar da relatada estruturação do Sistema Único de Saúde, no fornecimento de medicamentos dos mais diversos tipos e finalidades, não se tem deixado de observar o crescente acionamento do Poder Judiciário para a obtenção de remédios, seja por dificuldades de fornecimento pelo Estado, seja por omissões em listas de dispensação de medicamentos.

A existência e o aumento dessas demandas judiciais são sintomas da falta de correspondência entre o que se fornece como medicamentos e o que se necessita, podendo indicar, inclusive, a presença de graves distorções na política de dispensação.

Apesar de a Constituição assegurar a promoção integral da saúde, a prática de afirmação desse direito social tem encontrado barreiras e dificuldades, as quais impulsionam demandas judiciais. Nos tribunais, tem prevalecido, pela maciça jurisprudência, a tese da máxima efetividade do direito à saúde, que tem sua gênese no direito fundamental à vida e no dever do Estado em propiciar os recursos suficientes a sua preservação, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Muitos estudos acadêmicos⁵⁷, e sob variadas perspectivas, já se debruçaram sobre a questão,

⁵⁶ Trata-se de iniciativas como a da criação do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), que se propõe solucionar, administrativamente, as demandas envolvendo o cidadão e o Sistema Único de Saúde – SUS, celebrado entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte - PU/RN, a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte - DPU/RN, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte - PGE/RN, a Procuradoria Geral do Município do Natal - PGMN/RN, a Secretaria de Estado da Saúde Pública - SESAP/RN e a Secretaria Municipal de Saúde do Natal - SMS/Natal.

⁵⁷ Apenas para exemplificar, alguns citados no presente trabalho: SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; LEITE, Silvana Nair et al. *Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC*. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 10, n. 2 p. 13-28 Jul./Out. 2009; GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso aos recursos sanitários escassos*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador; FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf>. Acesso em: 01 nov. de 2010; CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde. Evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005; VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. *Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam*. 2009. Tese (Doutorado em

ofertando novos pontos de vista para um problema recorrente na realidade judicial brasileira. No presente trabalho, como se já adiantou na parte introdutória, pretende-se discorrer sobre as dificuldades práticas e teóricas existentes na implementação efetiva do direito à saúde, precisamente no que pertine à questão que mais tem motivado a intervenção do Poder Judiciário, a saber a dispensação de medicamentos.

A interferência judicial na questão do acesso aos medicamentos é um fato. E isso se pode verificar pelo número de ações em andamento no país sobre a matéria.⁵⁸

Segundo estudo preliminar realizado pelo Conselho Nacional de Justiça⁵⁹, no ano de 2010, há registro de um número de 112.234 processos sobre a questão do acesso à saúde:

QUADRO 1 - Quadro comparativo de processos sobre medicamentos no país

Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

⁵⁸ Segundo discurso do Ministro da Saúde José Gomes Temporão, no I FÓRUM NACIONAL DO JUDICIÁRIO PARA MONITORAMENTO E RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, realizado em Brasília no dia 03.08.2010, “Entre 2003 e 2009, houve 5.323 ações judiciais para a aquisição de medicamentos, considerando todo o território nacional, se contarmos apenas aquelas encaminhadas diretamente ao Ministério da Saúde. O número total de ações é muito maior. Isso porque grande parte delas é encaminhada direto aos estados e municípios. E esse número que citei se refere apenas à aquisição de medicamentos. O Ministério da Saúde recebe ainda ações por leitos de internação e insumos, tratamentos no exterior, entre outros produtos e equipamentos da área médica, como próteses e outros.” Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 18 dez. 2010. Há posições, no entanto, que sustentam que o número de ações que judicializam o tema da saúde no país não é assim tão expressivo. “O Judiciário está fazendo o que deve, defendendo os direitos fundamentais dos cidadãos e cumprindo a Constituição Federal”, é o que defende Milton Nobre, Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, que sustentou, no Fórum Nacional do Judiciário sobre a Saúde, promovido pelo CNJ em São Paulo, nos dias 18 e 19 de novembro de 2010, que os números são compatíveis com a realidade de um país de 190 milhões de habitantes, onde 50 milhões têm planos privados de saúde, e o restante é atendido exclusivamente pelo SUS. Para o conselheiro, os números colhidos até agora não indicam um excesso de ações. Segundo ele, representam pouco mais de 0,5% dos processos do país. ‘Os números são compatíveis. Não se pode colocar no colo da magistratura o prejuízo do sistema’, afirmou o desembargador.” Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 18 dez. 2010.

⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 18 dez. 2010. Milton Nobre, que coordena a pesquisa acima referida, estima que o total de ações no país não chegue a 500.000, mais uma vez argumentando não ser um número excessivo, vindo a falar, inclusive, de um “mito da judicialização da saúde”. A pesquisa acima referida ganharia certamente maior valor estimativo, caso ofertasse apuração comparativa com outras demandas frequentes no cotidiano forense nacional.

NOME	QUANTIDADE DE PROCESSOS ENVIADOS	ESFERA
Tribunal de Justiça do Distrito Federal	1914	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia	781	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado de Goiás	309	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso	2919	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	7915	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia	595	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	44690	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Acre	7	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Amapá	76	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo	5181	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão	66	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Pará	19	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná	2609	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	25234	ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte	452	ESTADUAL
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região	11	TRABALHO
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	203	FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região	6486	FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região	4705	FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	8152	FEDERAL

(Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 18 dez. 2010)

A judicialização ocorre também em variados temas da questão de medicamentos, enfrentando também diversos pontos de controvérsia.

Ao longo deste trabalho acadêmico, serão examinados mais detidamente alguns casos jurisprudenciais, com o desiderato de evidenciar os fundamentos mais recorrentes na questão do acesso aos medicamentos. Não há uma sistematicidade própria entre os casos escolhidos para análise, senão uma pertinência ou singularidade de fundamentos que convergem ao que aqui exposto.

Na pesquisa realizada em diversos precedentes jurisprudenciais, repetidas vezes discute-se em torno de temas como o do conteúdo e concretização do direito à saúde⁶⁰, natureza prestacional desse direito, compatibilização com o “mínimo existencial” e “reserva do possível”, omissão estatal, proibição de retrocesso, justiça distributiva⁶¹, “escolhas trágicas”, microjustiça, macrojustiça, juízos de ponderação, responsabilidade solidária dos entes federativos, restrições a tratamentos experimentais, hipossuficiência econômica, entre outros tópicos.

Entre esses diversos tópicos mencionados, tome-se por enquanto, à guisa de exemplo, a discussão sobre a hipossuficiência econômica na análise da pertinência da concessão de medicamentos por intermédio do Poder Judiciário.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA n. 244 de 18 de setembro de 2009. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 out. 2010.

⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70038297685/2010. Relatora Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Data do julgamento: 30 de setembro de 2010. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2010.

Esse subtema tem se discutido na jurisprudência brasileira, não só no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, como em julgados de tribunais de todo o país⁶².

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia⁶³, em sede de agravo de instrumento, entendeu-se que “a prescrição médica não enfrentada na seara técnica evidencia satisfatoriamente a necessidade do paciente, até porque cabe ao médico – e só a ele – identificar a doença e encontrar o melhor meio para um tratamento eficaz”. Foram considerados como relevantes para o julgamento da causa a gravidade da doença, a negativa de fornecimento da medicação e a incapacidade econômica do paciente. Além disso, discutiu-se a efetividade do direito à saúde assegurado pela Constituição brasileira, bem como a justificativa de interferência do Judiciário em campo reservado à Administração Pública.

Em caso similar, também julgado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, levou-se em consideração o aspecto econômico do requerente, para fundamentar o seu pedido de assistência farmacêutica⁶⁴.

Julgados de outras unidades da Federação também apontam o aspecto da hipossuficiência

⁶² Importante observar que, em razão de a judicialização da saúde importar aspectos de implementação de ações próprias e solidárias da União, Estados e Municípios, a competência para julgamento dessas ações espalha-se no contexto da jurisdição comum brasileira, tanto federal como estadual. Com efeito, na medida em que o particular opte pelo requerimento de medicamentos apenas ao Estado, ou Município (normalmente em medicamentos de dispensação excepcional), a ação tem sido de competência da Justiça Estadual. Em razão disso, há grande manancial jurisprudencial sobre a matéria, tendo a presente pesquisa acompanhado a judicialização desempenhada diante de diversas instâncias julgadoras do país.

⁶³“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO CONCESSIVA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PRETENDIDA, COM O FITO DE DETERMINAR AO ESTADO QUE FORNEÇA À AGRAVADA, PESSOA IDOSA, GRATUITAMENTE, O MEDICAMENTO PRESCRITO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. AOS ENTES DA FEDERAÇÃO CABE O DEVER DE FORNECER, GRATUITAMENTE, TRATAMENTO E MEDICAMENTOS A PACIENTES IDOSOS NECESSITADOS, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C O ARTIGO 15, PARÁGRAFO 2º, DO ESTATUTO DO IDOSO, MOTIVO PELO QUAL DEVE SER MANTIDA A DECISÃO OBJURGADA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO”. (BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de Instrumento nº 67961-4/2008 Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator Des. José Olegário Monção Caldas. Data do Julgamento: 04/03/2009. Disponível em: <www.tjba.jus.br>. Acesso em: 22 nov. 2010). Nesse caso, o julgador declarou inclusive que “ao determinar que se atenda aquele que provocou a prestação jurisdicional o julgador não atua em detrimento de outros, apenas compele a Administração a cumprir com o seu dever, determinando-lhe que atue naquele caso concreto como deveria atuar em todos os demais, visto que nenhuma valia tem uma Administração Pública que sequer assegura as mínimas condições de dignidade aos seus cidadãos. A indiferença do judiciário em situações que tais, pois, revelaria leniência caracterizadora de cumplicidade por omissão.”

⁶⁴ “O reconhecimento da moléstia que acomete o cidadão e a gravidade que dela resulta, a negativa de fornecimento da medicação prescrita, bem assim a incapacidade econômica do paciente e a responsabilidade do ente público, são elementos capazes de demonstrar a verossimilhança do direito pretendido.” (BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de Instrumento nº 5830-2/2009. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora Des. Maria do Socorro Barreto Santiago. Data do Julgamento: 26/01/2010. Disponível em: <www.tjba.jus.br>. Acesso em: 26 dez. 2010).

econômica como um dos requisitos para o fornecimento dos medicamentos⁶⁵.

No julgamento do Agravo Regimental, contra indeferimento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, o Supremo Tribunal Federal também se valeu de argumento de reforço, no sentido da hipossuficiência econômica do requerente, ao afirmar que “a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês.”⁶⁶

A questão da hipossuficiência econômica tem sido um dado secundário – porém, considerado – na avaliação da pertinência do deferimento de medicamentos, o que sugere o caráter assistencial, no sentido constitucional do termo, relativo ao cabimento ou não do fornecimento de medicamentos. Esse tema voltará a ser analisado na parte final deste trabalho, por ocasião do exame final das questões abordadas em ações individuais.

Por ora, o exemplo resume as variadas implicações jurídicas que o tema do acesso a medicamentos por intermédio de decisões judiciais ocasiona. Questões laterais como a da hipossuficiência econômica permeiam toda a compreensão do tema principal, a ponto de em alguns casos precipitar o acesso ou a negativa do bem requerido. O problema do acesso a medicamentos descamba para inúmeras possibilidades de enfrentamento da questão. Compreender o problema sob o enfoque da efetivação de direitos é recorrer a uma simplificação demasiada da questão, desatenta a muitos de seus contornos e dificuldades.

De todo modo, conclui-se por ora que a judicialização da saúde, mais precisamente no quesito acesso a medicamentos, é fenômeno que não pode ser desprezado no cenário jurídico

⁶⁵ “No caso, há comprovação de que o demandante sofre de ‘Diabetes’ (CID E 10.1), necessitando do tratamento médico pleiteado (fls. 09-11), assim como há demonstração da sua hipossuficiência econômica (fl.07), inclusive, está sendo patrocinado em juízo por procuradores do Serviço de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Pelotas.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70037614443/2010. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Relator Des. Jorge Maraschin dos Santos. Data do julgamento: 15 de setembro de 2010. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br >. Acesso em: 20 out. 2010.

⁶⁶ “A) a interessada, jovem de 21 anos de idade, é 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); b) 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); c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C. [...] Colhe-se dos autos que a decisão impugnada informa a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na STA 175, Relator Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 25/09/2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 dez. 2010). Não deixa de ser curioso que, em caso de análise de fornecimento de medicamento fundado na universalidade do atendimento e cobertura (para todos), não dispense argumentos de que a medida é voltada a pessoa sem condições econômicas de custear o medicamento, o que leva a crer que o Judiciário se sensibiliza mais com o pedido de medicamentos quando a capacidade econômica do requerente não é suficiente para a sua aquisição.

nacional, como relevante e digno de atenção da doutrina e pesquisa científica.

Mais ainda, o exame desse problema exige uma abertura da compreensão científica, para que se examinem os aspectos mais diversos de como se apresenta, cotejadas a todo as opções dogmáticas inseridas no direito constitucional brasileiro, alimentando-se o consenso de evolução dos direitos em sua efetivação constante, sobretudo na sua dimensão judicializada.

2 DIREITO À SAÚDE

2.1 PROBLEMAS EM TORNO DO DIREITO À SAÚDE

A procura do real no direito não se resume ao descortino fático do que cerca o momento decisório. Pode significar ainda a pesquisa histórica do instituto envolvido, para melhor perceber o problema. Essa análise convém ser realizada no presente estudo, na medida em que a gênese do direito social à saúde pode permitir maiores luzes sobre o problema da judicialização do direito à saúde e suas repercussões no cenário jurídico hodierno.

Nos tópicos seguintes, serão estudados os temas do acesso à saúde, num perfil histórico – ainda que superficial, por não ser o objeto central da pesquisa – sobre os campos de compreensão do direito à saúde e, por fim, os mecanismos de garantia que o sistema jurídico oferta.

2.2 POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde exerce-se de diversas formas. A palavra saúde, aliás, tem ganhado uma acepção bem ampla, de modo a incluir o bem-estar físico, mental e social⁶⁷. E a preservação desse estado, pode significar diversas providências em favor do indivíduo, a saber: atendimento médico, ambulatorial, acesso a hospitais, recebimento de remédios, orientações e esclarecimentos, ações preventivas, saneamento básico; condições hoje tidas como essenciais, enfim, para uma vida saudável. O direito à saúde não é, pois, unívoco e requer uma compreensão construtiva e atenta a outros bens fundamentais, como a vida, bem-estar⁶⁸ e dignidade humana. A noção de saúde não se forma apenas na individualidade, mas tem

⁶⁷ Aqui se emprega o conceito de saúde dado pela Organização Mundial de Saúde. Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro de Lemos relata ser esse o conceito mais adotado atualmente, não imune, todavia, a críticas, sobretudo por seu caráter utópico. Por visar “a uma perfeição inatingível”, termina por gerar “um sentimento patológico de inadequação”. *Alocação de recursos em saúde*: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. p. 19.

⁶⁸ O bem-estar, de igual modo, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (em interpretação do texto constitucional brasileiro), deve entender-se não como um valor do indivíduo isolado, mas objetivo. “Não há bem-estar, enquanto não se erradica a pobreza, a marginalização, as desigualdades sociais e regionais (art. 3º., III).” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 30).

aspecto dialético de complementaridade com outros bens. Requer para sua configuração não só dados subjetivos de auto-avaliação, mas a interferência de posicionamentos, avaliações (diagnósticos) de profissionais da área médica, de sorte a corroborar a presença ou não desse atributo existencial.

O direito à saúde pode ser garantido de diversos meios. A assistência médica pode ser de forma a o próprio Estado propiciar os atendimentos, serviços e remédios de que os indivíduos necessitam, como ainda pode efetuar parcerias ou convênios com instituições privadas, podendo ainda trabalhar sob a forma de reembolso⁶⁹.

Paradoxalmente, quando se fala de saúde, ou de boa saúde, de fato, obviamente se pensa em situações em que esse estado individual se apresenta fragilizado. A proteção à saúde faz-se, também, num estado preventivo, antecipado e generalizante, obtido através de luta de interesses entre cidadãos, com o propósito de maior acesso a informações, recursos e instrumentos de preservação da sanidade física e mental, retorno a um bom estado psíquico e orgânico individual e coletivo. A saúde, por outro lado, implica a distribuição de renda, quando seu acesso depende – como em boa parte dos casos – de bens dispendiosos na sociedade, invocando-se uma postura estatal, que não raro nesse mister mantém-se distante do ideal de operacionalidade, com grandes falhas e imprecisões nas suas atividades. Existe, assim, um componente social relevante na discussão sobre a saúde.

Não é à toa que, em decisões judiciais sobre dispensação estatal de medicamentos, invoca-se como fundamento da tutela concessiva a necessidade de observação do contexto social e econômico da população⁷⁰. Com efeito, a questão sanitária está longe de se resumir a um

⁶⁹ Como explica Andreas Seiter, fatores estratégicos são levados em consideração na escolha do meio de interferência estatal na assistência farmacêutica. Se, por exemplo, a dispensação de medicamentos reduzirá os custos do Estado com internação hospitalar, recomenda-se maior incremento do Estado nesse setor. “*The development of pharmaceutical expenses has to be seen in a wider economic context. Curbing expenses is not always the right policy choice. If the population suffers from diseases that have a negative economic impact and are avoidable by providing drug treatment (for example malaria), such treatment should be made available through additional funding. Even in developed countries, significant parts of the affected population are not adequately treated for common diseases such as diabetes. The costs of avoidable complications need to be weighed against the costs of treatment, in order to assess the cost-effectiveness of incremental spending for drugs. Similarly, if a drug simplifies treatment of a disease and saves money, for example by reducing hospitalization, an increase in spending for such a drug can be economically prudent.*” (SEITER, Andreas. Pharmaceuticals: Cost containment, Pricing, Reimbursement. *The World Bank HNP Brief*#7. Agosto 2005. Disponível em: <<http://go.worldbank.org/NXYO3NIW10>>. Acesso em: 15 set. 2010.

⁷⁰ De fato, em recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, constou da fundamentação do acórdão relato científico em torno dos aspectos sócio-econômicos como imbricados na questão da saúde pública, algo que não se duvida, mas cuja presença em decisões judiciais não é algo assim tão corriqueiro: “Os pesquisadores Dahlgren e Whitehead propõem um esquema que permite visualizar as relações hierárquicas entres os diversos determinantes da saúde” (www.determinantes.fiocruz.br), que visam a por fim à iniquidade na saúde. Segundo a Comissão Nacional de Determinantes Sociais da Saúde, criada em 13 de fevereiro de 2006, pelo Presidente da República, “O que não tem nada de natural são aquelas diferenças na situação de saúde

problema de ordem biológica ou natural. Atinge uma dimensão social não só relevante, mas imprescindível, de modo que as condutas intersubjetivas devem se pautar pelo propósito de saúde pública e coletivização de deveres em torno do bem-estar geral.

O Estado é o primeiro a ser convocado para a realização desse direito, embora não o único. Como se verá mais adiante neste trabalho, há uma inevitável dimensão privada dos direitos fundamentais, donde a saúde integra uma parte importante.

O direito à saúde é prestacional, orienta-se a um perfil dinâmico e ativo na sua implementação e concretiza-se mediante ações e serviços. O direito à saúde não se limita à simples defesa, de estado negativo, e preservação de um *status libertatis*, ou de mero respeito à autonomia individual, cujos limites cumpre o Estado que não obsta aquele exercício. Muito além disso, o direito à saúde tem requerido um complexo e variado rol de medidas para a construção, preservação e garantia.

Deve-se recordar aqui que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado⁷¹, exigindo do poder público certas prestações materiais.

2.3 DE FRUTO DE UMA POLÍTICA MERCANTILISTA À CONQUISTA COMO DIREITO

Cumprido salientar, de início, que o presente trabalho não se propõe a falar de evolução do direito à saúde. Cuida-se aqui de fornecer breve contextualização histórica, com o intuito de alcançar o ponto em que a saúde torna-se pretensão jurídica e ganha força e justiciabilidade, esta compreendida como sindicabilidade judicial⁷².

relacionadas ao que chamamos Determinantes Sociais da Saúde (DSS), ou seja, desigualdades decorrentes das condições sociais em que as pessoas vivem e trabalham. Ao contrário das outras, essas desigualdades são injustas e inaceitáveis, e por isso as denominamos de iniquidades. Exemplo de iniquidade é a probabilidade 05 vezes maior de uma criança morrer antes de alcançar o primeiro ano de vida pelo fato de ter nascido no nordeste e não no sudeste. O outro exemplo é a chance de uma criança morrer antes de chegar aos 5 anos de idade ser 3 vezes maior pelo fato de sua mãe ter 4 anos de estudo e não 8. As relações entre os determinantes e aquilo que determinam é mais complexa e mediada do que as relações de causa e efeito. Daí a denominação de 'determinantes sociais da saúde' e não 'causas sociais da saúde'. Por exemplo, o bacilo de Koch causa a tuberculose, mas são os determinantes sociais que explicam porque determinados grupos da população são mais susceptíveis do que outros para contrair a tuberculose.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70038297685/2010. Relatora Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Data do julgamento: 30 de setembro de 2010. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2010).

⁷¹ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. *Os (Des)caminhos de um direito constitucional comparado*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 19.

⁷² No mesmo sentido, acima empregado, confira-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20999. Relator

O direito à saúde, tido como exigível em face do Estado, teve seu reconhecimento tardio, se comparado a outros direitos sociais.

Nos primórdios da civilização, a saúde era tida como fenômeno natural, e ligada à própria sorte ou revés de cada um, atribuía-se quase que exclusivamente a forças superiores a razão para a boa ou má saúde do indivíduo⁷³.

Essa compreensão intuitiva e primitiva não impediu que fosse desenvolvida ao longo da história a política de saúde pública, como objetivo a cargo do Estado. Nas mais antigas civilizações, há registros de cuidados com a saúde coletiva, em geral relacionados à melhoria da habitação, ao que hoje se denomina de saneamento⁷⁴. Na Grécia antiga, já se notam alguns avanços na área da saúde pública, a exemplo da preocupação com o suprimento de água. No século II d.C, já existia em Roma serviço público em que médicos atendiam cidadãos pobres⁷⁵.

Na Idade Média, as medidas de proteção contra os males à saúde ainda resultavam da união de ideias médicas e religiosas⁷⁶. A história aponta, de um modo geral, iniciativas políticas em prol da saúde pública, mas cada região teve evolução diferente. Noticiam-se hospitais inicialmente ligados a monastérios, mas que passaram por processo de secularização⁷⁷. Já na era moderna, a assistência à saúde ganha contornos mais definidos, até porque nessa fase ganham força as ideias e os avanços científicos. Muitas medidas no plano legislativo foram observadas. Na Inglaterra, por exemplo, a primeira Lei dos Pobres ordenou práticas com o objetivo de se reduzir a pobreza e estimular a prosperidade nacional através da utilização dos desempregados na manufatura. Mas, mais uma vez, nem todos os lugares acompanharam a mesma evolução. Na França, às vésperas da Grande Revolução, as condições de saúde da

Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 21/03/1990, DJ 25-05-1990. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 15. dez. 2010.

⁷³ “Por milhares de anos, se consideravam as epidemias julgamentos divinos sobre a perversidade do ser humano. Apaziguando-se os deuses irados, evitar-se-iam as punições.” (ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Tradução de Marcos Fernando da Silva Moreira. São Paulo: Hicitec: Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994. p. 34). “As doenças emanavam do sobrenatural, porque fatalmente levavam à morte. Por esta razão, o único tratamento disponível era a magia cujos rituais específicos espantavam os demônios.” (RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde. De acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁷⁵ ROSEN, *op. cit.*, p. 40; RAEFFRAY, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁶ Medidas voltadas especialmente contra a lepra e a peste bubônica, sendo a principal medida o isolamento de pessoas vítimas de tais doenças.

⁷⁷ “A ideia da necessidade de assistência social, em casos de moléstia, ou outro infortúnio, se desenvolveu muito durante a Idade Média, tanto no Oriente, islâmico, quanto no Ocidente, cristão. E tal fato é muito evidente na criação dos hospitais, em que motivos religiosos e sociais tiveram muita importância.” (ROSEN, *op. cit.*, p. 67).

população em geral eram muito inferiores às observadas na vizinha Inglaterra⁷⁸.

Na idade contemporânea, pós-revolução francesa, houve gradual avanço na saúde pública. Início dessa nova fase pode ser indicado com a nova Lei dos pobres, de 1834, na Inglaterra, que promoveu mudanças revolucionárias nas estruturas e nas políticas de governo em torno do bem-estar social e da saúde pública.⁷⁹ A urbanização crescente, em face da industrialização, trouxe à tona novos problemas de saúde, desafiando por conseguinte novos meios de prevenção de doença e de proteção da saúde.

A saúde coletiva passa a ser centro de atenção ainda maior, nas sociedades européias, por influência da política mercantilista. Em linhas gerais, o mercantilismo consiste em teoria econômica⁸⁰ que preconiza variadas medidas com o propósito de aumentar as riquezas do Estado, entre as quais se inclui a aumentar a população ativa no país⁸¹.

Aliás, consigne-se que saúde pública e direito à saúde são conceitos distintos. A conquista do direito à saúde, dirigido contra o Estado, não nasceu da mesma fonte que propiciou o interesse estatal pela proteção da saúde pública. Os fundamentos que ligam a conquista do direito à saúde são diferentes daqueles que motivaram a preocupação com o bem-estar coletivo. De um lado, o Estado quer encarregar-se de garantir que indivíduos sadios integrem o mercado de trabalho e produzam riqueza para o país, o que só de modo indireto coincide com o bem individual “saúde” que se requer e pretende muitas vezes como direito reivindicado contra o Estado.

O fundamento do direito à saúde relaciona-se com a própria proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, e que, no máximo retoricamente, pode se identificar com os propósitos mercantilistas de orientação do Estado em prol de uma sociedade ativa e economicamente produtiva.

São propósitos que não se superpõem, necessariamente. Com efeito, objetivos almejados pela saúde pública não só não se identificam com os que decorrem de uma noção de “direito” à

⁷⁸ Michel Foucault explica que a fórmula de saúde pública que deu certo e “teve futuro” foi a inglesa, que diferentemente daquela observada na França e na Alemanha, consistiu basicamente “num controle da saúde e do corpo das classes mais pobres para torná-las mais aptas ao trabalho e menos perigosas às classes mais ricas.” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1979, p. 97).

⁷⁹ ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Tradução de Marcos Fernando da Silva Moreira. São Paulo: Hicitec: Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994. p. 159.

⁸⁰ De acordo com Pierre Deyon, o mercantilismo consistiu, em verdade, num “conjunto das teorias e das práticas de intervenção econômica que se desenvolveram na Europa moderna desde a metade do século XV.” (DEYON, Pierre. *O mercantilismo*. 4. ed. Tradução de Teresa Cristina Silveira da Mota. São Paulo: Perspectiva, 2001. p. 14).

⁸¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1979. p. 82.

saúde, como podem implicar medidas que historicamente já significaram até mesmo ofensa a direitos individuais⁸².

O primeiro registro que se tem da assistência à saúde com o *status* de direito propriamente dito, reconhecido como tal pelo ordenamento jurídico, é a Declaração de Direitos da Constituição francesa de 1791⁸³. Com efeito, nesse documento histórico consigna-se pela primeira vez num estatuto constitucional a proteção à saúde como direito fundamental, na medida em que consigna o dever de proteção aos “enfermos pobres”⁸⁴.

Trata-se de uma transição da ideia de finalidade política para a de um direito realmente considerado *per se*, exigível, portanto. Note-se, além disso, que se trata de direito cuja identificação não se relaciona a uma liberdade negativa, satisfeita com a mera abstenção do Estado, e permissiva à autonomia e liberdade individual. O direito à saúde não se cumpre com a simples anuência do Estado, mas requer deste medidas de concreção. Em outras palavras, a saúde demanda forte presença estatal, com medidas positivas e sistematizadas para propiciar tal dimensão de proteção do ser humano.

Constitui, em verdade, um dos primeiros passos em direção ao reconhecimento do direito à saúde como fundamental, humano, o qual já nasce com a alcunha de direito social, pela própria natureza do seu modo de perfazimento. Importante destacar que ainda hoje se vê uma clara discrepância entre o discurso político de implementação de saúde – amparado em estratégias, metas, prioridades e “reserva do possível” – e a doutrina teórica de reconhecimento de direitos, sociais, fundamentais e prestacionais, centrada na máxima efetividade.

O caráter fundamental do direito à saúde será objeto de análise mais aprofundada mais adiante neste trabalho. Cumpre constatar, neste tópico, a substancial importância da compreensão desse direito como isento de qualquer referência à qualquer condição pessoal do beneficiário,

⁸² Como exemplo elucidativo dessa diferença, vide a vacinação obrigatória no Brasil, que despertou a ira da população em geral, desde as camadas mais pobres da população até os mais esclarecidos. O fator deflagrador da Revolta foi a publicação, no dia 9 de novembro de 1904 de decreto que determinava a aplicação obrigatória da vacina contra a varíola. Cf. SEVCENKO, Nicolau. *A revolta da vacina. Mentis insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 12. Sobre o fato, discursou Rui Barbosa em praça pública: “Não tem nome, na categoria dos crimes do poder, a temeridade, a violência, a tirania a que ele se aventura, expondo-se, voluntariamente, obstinadamente, a me envenenar, com a introdução no meu sangue, de um vírus sobre cuja influência existem os mais bem fundados receios de que seja condutor da moléstia ou da morte.” (BARBOSA, Rui. Discurso realizado em 15 de novembro de 1904. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 15/11/1904).

⁸³ “Título Primeiro. Disposições fundamentais garantidas pela Constituição. [...] Será criado e organizado um estabelecimento geral de Assistência Pública, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos que não tenham podido encontrá-lo.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 156).

⁸⁴ Com efeito, como anota Fábio Konder Comparato, anota-se nesse documento, pela primeira vez, a existência de direitos humanos de caráter social. (*Ibidem*, p. 149).

pouco importante sua capacidade produtiva, ou sua prévia inserção no mercado de trabalho. Trata-se de uma dimensão universal desse direito, que também merecerá atenção mais detida, mais adiante no presente estudo.

Cumprido reconhecer, todavia, que a influência mercantilista não desvaneceu da noite para o dia do quadro de direitos da vida social, havendo traços de sua presença ainda nos dias atuais. Para isso basta se observar um dos pontos das conquistas sociais dos trabalhadores nos últimos séculos, relativas ao seguro social. Houve, é verdade, uma mudança de enfoque da proteção à saúde, que passa a ser vista não apenas como uma preservação da qualidade do trabalhador e amplia-se para a proteção deste e de sua família em situações adversas. De modo indireto, contudo, persiste a ligação da proteção jurídica com o requisito de prévio ingresso do indivíduo no mercado de trabalho, sua inserção no campo produtivo, perfazendo v. g. a “qualidade de segurado”. Testemunha-se, com efeito, uma sofisticação da relação mercantilista, em primeiro plano centrada na necessidade de proteção da mão-de-obra saudável para o trabalho, à medida que, nos tempos atuais, abrangeu novas conquistas sociais, com a ampliação do núcleo de proteção em face do risco social.

Ainda assim, a saúde continua, em grande parte, e em razão da própria noção de seguro social, um bem jurídico a ser reconhecido prioritariamente aos indivíduos que trabalham, como contrapartida pela sua força produtiva.

Ao se privilegiar a força de trabalho quando da garantia de direitos sociais, prepondera o papel utilitarista do direito social, em detrimento da visão universalista, que é aquela que não submete nenhum prerrequisito ao exercício senão a própria condição humana, própria da moderna compreensão dos direitos humanos e fundamentais.

Norberto Bobbio, ao tratar de direitos sociais, fala em multiplicação dos direitos⁸⁵, para expressar a variedade com que a proteção ao indivíduo se desenvolve e exige particular atenção a cada uma de suas especificidades. Requer-se mais atenção ao idoso, à criança, aos enfermos, àqueles que estão em condição de desigualdade para os demais da sociedade, e encontram dificuldades para a sua proteção. Os direitos humanos⁸⁶, ademais, nascem de conquistas sociais e não por simples liberalidade do Estado. E se a simples declaração dos direitos já representa um avanço, o desafio atual não é mais justificar os direitos humanos,

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68.

⁸⁶ Adota-se nesse trabalho o sentido de direitos humanos como aqueles de validade universal e atemporal, proclamados em documentos internacionais, ao passo que o termo direitos fundamentais reserva-se para os direitos, hierarquicamente mais relevantes, inseridos num determinado ordenamento jurídico. Conferir nesse sentido estudo realizado por Ana Cristina Costa Meirelles (MEIRELLE, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 36).

mas protegê-los⁸⁷.

2.4 SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

A assistência sanitária nasceu de uma medicina individual, normalmente afeta aos mais ricos e poderosos, sendo o movimento de sanitização social decorrente de um impulso mercantilista na sociedade moderna e com o passar do tempo mediante barganhas sociais, garantindo direitos aos trabalhadores, até se chegar ao patamar da universalização.

É fato que a proteção à saúde tornou-se um meio lucrativo e a finalidade maior que é a garantia da vida tem sido condicionada a fatores econômicos, como modo de seu acesso. Como tudo no sistema capitalista, é o capital que estabelece o limite entre o acessível e inacessível à maioria da população. Porém, como recorda Foucault, a medicina moderna não ignora, como se pode pensar à primeira vista, a sua dimensão coletiva, mas ao contrário, ressalta essa função⁸⁸. De todo modo, inequívoca a importância de mecanismos pelos quais o Estado propicia o acesso amplo aos instrumentos de proteção da saúde.

Sobre o panorama da saúde pública no Brasil, cumpre esclarecer que a primeira via de conquista dos diversos meios de acesso à saúde se deu de modo corporativo e segmentado, mediante a criação de institutos de aposentadorias e pensões, ainda na década de 20, gerando grande número de excluídos⁸⁹.

Como se sabe, a implantação de direitos sociais no país não se deu, essencialmente, diante de revoltas ou contestações políticas, mas como medidas próprias do paternalismo social, vivido com intensidade no país, sobretudo, em meio à Ditadura Vargas, nos anos 30⁹⁰.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 23.

⁸⁸ Explica Michel Foucault: “Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista.” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1979. p. 80).

⁸⁹ SÉGUIN, Elida. *Plano de saúde*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 16.

⁹⁰ Fala-se que a garantia de direitos sociais compensou no período a supressão de direitos políticos e a redução de direitos civis. Cf. SOUZA, Venceslau Alves de. Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 27, nov. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid = S0104-44782006000200016](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200016) & lng =en&nrm=iso>. Acesso em: 15 out. 2010.

Houve ampliação dos direitos sociais no Brasil, a partir da Constituição de 1946, que deu reconhecimento a direitos e garantias individuais⁹¹ e permitiu a expansão dos direitos da sociedade, notadamente em legislações de conteúdo previdenciário⁹². É nesse ambiente em que se dá a criação do Ministério da Saúde, no ano de 1953⁹³.

A saúde pública brasileira obteve avanços inegáveis ao longo de sua evolução no século XX, inclusive no regime constitucional de 1967, mas a assistência médica manteve no período aspectos de relação previdenciária.

A Constituição de 1988 representou um novo marco na disciplina da saúde, sobretudo em razão da universalização propiciada pelo Sistema Único de Saúde, idealizado para dar acesso pleno e igualitário acesso a todos, convocando em contrapartida toda a sociedade na contribuição para o sistema, nomeadamente de repartição.

Com efeito, o sistema constitucional brasileiro atual compreende a universalidade do direito à saúde, a todos garantida, independentemente de se enquadrar o indivíduo numa categoria específica. O problema reside em saber qual interpretação há de se dar para o tema da integralidade conferida, já que um dos direitos consequentes da integralidade do direito à saúde, qual seja o direito ao acesso a medicamentos, não tem tido o mesmo alcance.

⁹¹ Ainda não houve na Constituição de 1946 o reconhecimento expresso do direito à saúde, embora no seu artigo 5º, inciso XV, alínea b, já constasse como de competência legislativa privativa da União sobre a “proteção da saúde”, além de previsão sobre assistência sanitária, mas ao trabalhador e à gestante (artigo 157).

⁹² Decreto-Lei n.8.738/46, que criou o Conselho Superior da Previdência Social; Decreto-Lei n. 8.742/46, que criou o Departamento Nacional de Previdência Social; Decreto n. 26.778/49, que, regulamentando a Lei 593/49, disciplinou sobre aposentadoria, entre outros.

⁹³ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde. De acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 204.

3 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Diz-se que direitos sociais são direitos de segunda dimensão, porquanto ingressam numa diversa compreensão da relação entre o ser humano e a sociedade. Embora individuais⁹⁴, caracterizam-se por uma compreensão de fruição de um direito igual perante a sociedade. A igualdade material, aliás, é o princípio que norteia as noções de bem-estar e justiça social, ocupando o centro de atenção das chamadas liberdades sociais.

Alexy anota ainda a íntima relação entre implementação dos direitos sociais e o espaço de liberdade. Curiosamente, não há esse espaço de liberdade, se não houver atividades estatais.

Os direitos sociais, no contexto jurídico-constitucional brasileiro, induzem vinculação jurídica do Estado ao cumprimento de deveres sociais. As normas de direitos sociais não são meramente programáticas, mas passíveis de “controle judicial”⁹⁵. Trata-se, pois, de justiciabilidade, o que quer dizer, em outras palavras, que os direitos sociais são passíveis de afirmação e exigência por intermédio do Poder Judiciário.

Após exame de casos jurisprudenciais nas Cortes Superiores do país, Flávia Piovesan conclui “ainda ser reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos.”⁹⁶ Sobre o direito à saúde, ressalta a tendência jurisprudencial de afirmação do direito, que “rompe com uma visão formalista e procedimental do direito, em prol da relevância do direito à vida.”⁹⁷ Observa, no entanto, que a jurisprudência oscila entre uma tendência majoritária, de plena efetividade da proteção constitucional do direito à saúde, e outra minoritária, que afasta a sua justiciabilidade, sob o

⁹⁴ Com efeito, como adverte Ingo Wolfgang Sarlet, “a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referidos) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48). A mesma observação é feita por Ana Cristina Costa Meireles, a qual acrescenta que mesmo sendo tais direitos individuais, podem ainda ter titularidade transindividual. (MEIRELLE, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 75).

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 518.

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.) *Direitos fundamentais e sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 64.

argumento de que não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir em critérios de conveniência e oportunidade, de adstrita análise da Administração Pública.⁹⁸

Nesse contexto, são apontados inclusive critérios de dotação orçamentária, para justificar as limitações impostas à efetivação de direitos sociais. Com efeito, é recorrente o argumento de que tais direitos demandam custos volumosos para o Estado, o qual “pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas”⁹⁹.

De qualquer sorte, a controvérsia quanto ao caráter vinculante dos direitos sociais, além da questão sobre a extensão dessa qualidade, leva ao questionamento quanto ao grau de justiciabilidade desses direitos. E justiciabilidade significa, por óbvio, interferência do Poder Judiciário. Alexy anota que esse dilema desloca “a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional.”¹⁰⁰

A justiciabilidade afeta o conteúdo dos direitos sociais, na medida em que, não raro, conquanto expressos em normas gerais e até mesmo em constituições (o caso da brasileira), têm seu conteúdo sujeito a uma grande indeterminação. Isso significa que, para a sua implementação, os direitos sociais carecem de determinação.

Alexy dá como exemplo o direito ao trabalho. Ao se garantir constitucionalmente o direito ao trabalho, não se determina, de início, que tipo de trabalho é esse assegurado, se se trata de qualquer tipo de trabalho ou aquele que atende mínimas condições de salubridade, anseios do trabalhador, garantia de sustento familiar e compatibilidade com a qualificação profissional¹⁰¹. Como se pode observar, há muitas variáveis para a construção de um direito social, donde a dificuldade de sua implementação se dá também tanto pelo estabelecimento de política legislativa, como pela justiciabilidade.

A mesma conclusão é alcançada quando se substitui o exemplo citado por Alexy, acesso ao trabalho, para a questão da saúde, foco principal deste estudo. E mais precisamente, o acesso a medicamentos. Pode ser questionado o alcance dessa proteção constitucional, os limites da assistência farmacêutica, em consideração aos limites financeiros do Estado. Essa é uma das

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.) *Direitos fundamentais e sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65.

⁹⁹ Alexy completa essa afirmação, em que cita Carl Schmitt, concluindo ainda: “Mas isso significa que frequentemente os suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 510).

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 507.

¹⁰¹ Alexy alerta inclusive para situações em que o mínimo existencial “já coloca o indivíduo em uma situação na qual o exercício do direito do trabalho deixa de ser atrativo para ele”. (*Ibidem*, p. 510).

principais discussões sobre o tema no direito brasileiro, já que a regulamentação administrativa sobre a matéria reconhece alguns níveis desse direito. Outros se fazem reconhecidos por obra do Poder Judiciário.

3.2 NATUREZA E CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito fundamental pode implicar tanto uma liberdade jurídica, de *status* negativo, e uma ação do Estado, prestação positiva.

Além disso, é reconhecida a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais¹⁰².

A Constituição, ao fazer constar capítulo destinado à garantia de direitos fundamentais, confere-lhe função orientadora de todo o ordenamento jurídico. Normas constitucionais podem ter o conteúdo de princípios e regras, sendo que os princípios são pautas de segundo grau, que contêm prescrições genéricas que se especificam através de regras.¹⁰³

Pode-se afirmar, portanto, que os direitos fundamentais estabelecem princípios jurídicos, norteadores das demais regras jurídicas. Mais do que isso, as normas que veiculam direitos fundamentais podem ser interpretadas em tese como princípios ou regras. Tome-se, por exemplo, o direito à liberdade. Constitui ele princípio orientador de todo o ordenamento jurídico. Outros direitos fundamentais têm caráter precípua de regra, a exemplo do previsto, no art. 5º, V, concernente ao direito de resposta. Mas o fato é que, independentemente da forma como transcrita, a norma de direito fundamental traz em seu bojo superioridade axiológica, e por conseqüência, tem caráter principiológico inegável.

Alexy define os princípios como mandamentos de otimização, normas que se revelam por uma maior amplitude de significação. Princípios são sempre razões *prima facie* e regras, salvo alguma exceção previamente estabelecida, são razões definitivas¹⁰⁴. Os princípios, no entanto, não resolvem propriamente sozinhos, nessa qualidade, o caso concreto¹⁰⁵. Não é sempre necessário que exista uma regra na situação real posta a exame. É possível que o princípio resolva o caso concreto, ocasião em que se define, no momento de

¹⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 250.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 139; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009. p. 37.

¹⁰⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁵ “Sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.” (*Ibidem*, p. 108).

aplicação da norma, a regra que serve como razão definitiva para a decisão tomada.

Por outro lado, o direito embute, em contrapartida, a compreensão de um dever. Daí decorre que a compreensão de direitos fundamentais pode ensejar a identificação de outra parte de deveres fundamentais, impostos ao Estado e aos próprios indivíduos em geral.¹⁰⁶ As regras não se confundem com os princípios porque elas são passíveis de resolver imediatamente o caso concreto. Aliás, a inconsistência semântica na definição de princípios e regras têm gerado problemas interpretativos graves¹⁰⁷. Por outro lado, é sabido que a distinção entre princípios e regras não se dá entre textos, mas entre normas, sendo tarefa do intérprete se a norma é regra ou princípio.¹⁰⁸

Existem, inclusive, muitas posições acerca da colisão entre princípios e regras, sendo conhecida a solução oferecida por Alexy, segundo quem nesse caso deve ocorrer um sopesamento¹⁰⁹ – não entre a regra e o princípio, mas “entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia.” De fato, princípios e regras não se enfrentam diretamente, uma vez que possuem densidades normativas diferentes, razão pela qual a ponderação se dá, não princípio e regra, mas entre princípio posto e o princípio que embasa a regra apreciada. Não é o caso de se comparar a regra posta e regra decorrente do princípio contemplado. As regras se aplicam na modalidade “tudo ou nada”, enquanto os princípios são sempre aplicados, mas sujeitam-se à técnica argumentativa da ponderação.

Mas nem toda a doutrina é favorável à teoria da ponderação de interesses. A corrente que propõe a existência de limites imanentes não credita a uma técnica interpretativa a função de harmonizar os conflitos entre princípios e regras, tampouco para avaliar a fidedigna delimitação dos direitos fundamentais. Um dos argumentos é de que tais direitos,

¹⁰⁶ Ingo Wolfgang Sarlet aponta a tipologia de deveres fundamentais correlatos aos direitos fundamentais e outros autônomos. Cita como exemplo de deveres fundamentais os de um ambiente equilibrado, o de solidariedade, o da família para com a educação etc. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 228).

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. p. 2009.

¹⁰⁸ *Idem*. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 4, Salvador, 2001.

¹⁰⁹ Esse sopesamento ou ponderação, como ensina José Juan Moreso, é uma operação que não se pode reduzir a subsunção e é o resultado de uma atividade radicalmente subjetiva; a ponderação tem como consequência uma forma do que se pode denominar particularismo jurídico. Razão pela qual oportuna se mostra a lição de Guastini, para quem a ponderação se realiza entre dois princípios e conflitos; consiste no estabelecimento de uma hierarquia axiológica entre os princípios em conflito e a hierarquia valorativa não é estabelecida em abstrato, mas estabelecida em sua aplicação ao caso concreto. (MORESO, José Juan. *Conflictos entre principios constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 102).

conquanto não sejam absolutos, possuem seus limites definidos, implícita ou explicitamente pela própria Constituição.¹¹⁰ Para essa corrente, o uso da técnica da ponderação traduz-se em grave risco de ser técnica incontrolável, com grave risco de cair em decisionismo.¹¹¹ Alexy rejeita, porém, as críticas impostas ao modelo do sopesamento, ressaltando mais uma vez que os princípios não se resolvem na modalidade “tudo ou nada” e que “o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante.”¹¹²

Digna de observação ainda, no capítulo dos direitos fundamentais, a definição no direito positivo do seu rol. De fato, a Constituição brasileira confere amplo relevo aos direitos considerados centrais e balizadores do sistema constitucional. Nesse ponto, importante se faz registrar a difícil divisão conceitual estabelecida entre direitos fundamentais e direitos humanos, sendo corrente a concepção de que os primeiros seriam aqueles direitos humanos reconhecidos no direito positivo, ao que se observa que não são elas expressões excludentes, mas plenamente compatíveis entre si e cada vez mais interrelacionadas, conforme a progressiva positivação dos direitos humanos.

Ainda sobre os direitos fundamentais, não compõem uma classe estanque e imutável, tendo em vista a inevitável contingência no domínio das relações humanas, o que pode ser confirmado pelos registros históricos, que testemunham algumas guinadas de concepção sobre o que se entende por direito fundamental.

Já se falou aqui sobre a ampliação do leque dos direitos fundamentais, sendo corrente a classificação entre as denominadas gerações de direitos, para denotar a evolução do

¹¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 169. Anota-se inclusive a existência de posicionamentos do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, a exemplo dos julgados RTJ 188, 858 (891) E ADI 869 (DJ 04.06.2004), relacionados por esse autor, ainda que não se possa falar de uma linha jurisprudencial definida, tendo em vista que a mencionada corte constitucional se vale com frequência do sopesamento na interpretação de princípios.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 158. Este autor salienta que a controvérsia entre teoria interna e externa não é meramente teórica, uma vez que alguém que tenha uma visão individualista do Estado tenderá mais para a teoria externa, enquanto para alguém que vislumbre o papel individual mais como membro de uma comunidade tenderá para a teoria interna. Observação que também não escapou da análise de Gilmar Mendes. (MENDES, Gilmar. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 225).

¹¹² *Ibidem*. p. 173. Conveniente ainda transcrever a posição firmada por Daniel Sarmento que oferece argumentos precisos sobre o tema: “Todavia, o preço que ela [a teoria dos limites imanentes] paga por recusar as idéias de restrições a direitos fundamentais e de ponderação são, na nossa opinião, caros demais. Por um lado, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem de ser drasticamente reduzido, para evitar os conflitos potenciais com outros bens constitucionalmente tutelados. E, por outro, o juízo sobre a adequação das normas aos casos concretos, que substituiria, para esta teoria, o recurso à ponderação, acaba se revelando ainda mais subjetivo e incontrolável do que a própria ponderação. Ou seja, os maiores problemas debitados à ponderação – debilitação dos direitos fundamentais, insegurança metodológica e falta de legitimidade democrática do Judiciário para operá-la – não são solucionados, mas antes agravados pela teoria interna.” (SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 70).

quadro de incorporação de direitos pelo Estado e coletividade. A última classe de direitos incorporada nesse rol é seguramente a dos direitos sociais prestacionais, o que não é de todo modo algo aceito uniformemente, sendo, ao revés, alvo de variados embates doutrinários.

Discussão importante e que terá relevância nos tópicos seguintes é a da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Essa eficácia, que se compreende como a possibilidade de esse rol de direitos elementares e básicos da sociedade ter seu âmbito de incidência não apenas nas relações do indivíduo perante o Estado, mas também no próprio trato regular entre indivíduos, nas relações individuais, por assim dizer.

A saúde, de sua parte, constitui um amplo gênero no qual se insere um campo de proteção aos direitos fundamentais. A saúde que se protege no campo da medicina preventiva tem feições diversas daquela defendida pela assistência farmacêutica. Em termos coletivos, prevalece a visão estratégia de bem-estar do Estado e políticas públicas orientadas as específicas finalidades. No plano individual, pode significar apenas uma ação de efeito limitado e de essencialidade variável conforme o caso.

Quando se fala, no entanto, de direito fundamental, fala-se de uma esfera basilar inerente a todo indivíduo. Algumas ações de saúde podem até não ser tão essenciais, mas sempre importantes.

Para Dirley da Cunha Júnior, o direito à saúde é fundamental, por estar diretamente relacionado ao direito à vida, tanto “que nem precisava de reconhecimento explícito”. Afirma que “constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor ‘vida’ o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde.”¹¹³

Ante a inegável vinculação com o direito à vida, poderia cogitar-se de que a saúde, por si só, não constitui direito fundamental. No entanto, quando se compreende o direito fundamental como complexo e multifacetado, e de que os bens são mutuamente relacionados (saúde, vida, bem-estar e dignidade humana), não restam dúvidas de sua autônoma natureza de direito essencial. De fato, categoricamente, não se pode afirmar que alguém não tenha direito à saúde, ou que não se possa recorrer ao Estado para a sua proteção.

Em foco o tema dos direitos prestacionais, que suscita ainda mais controvérsias no

¹¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade nos direitos fundamentais sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley (org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 102.

particular, considerando-se a discussão sobre os custos de sua efetivação.

3.3 DIREITO PRESTACIONAL

Os direitos sociais são os chamados direitos de segunda geração, os quais envolvem prestações positivas por parte do Estado, direta ou indiretamente. Por esse motivo são também chamados de direitos prestacionais. Assim, enquanto os direitos conhecidos como de primeira geração, consideram-se de dimensão individual (direitos de defesa), como os direitos de liberdade, igualdade, propriedade, os direitos sociais são de dimensão individual-coletiva, exigindo medidas positivas por parte do Estado, a exemplo da garantia de acesso à educação, saúde e proteção trabalhista¹¹⁴. Saliente-se que é possível ainda a distinção entre direitos sociais prestacionais em sentido amplo, quais sejam direitos à proteção e participação na organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito, que se consubstanciam nos direitos a prestações materiais.¹¹⁵ São eles direitos que, por envolverem prestação positiva a cargo do Estado, contrapõem-se às liberdades negativas, as quais demandam dever de abstenção.

Os direitos prestacionais têm um amplo objeto de tutela, “incluindo todos os bens dignos de serem protegidos, como, por exemplo, a vida, a saúde, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade.”¹¹⁶ Por outro lado, requerem uma série de medidas para sua concreção. É o caso, por exemplo, do direito à saúde, cuja ampla proteção demanda uma estrutura de atendimento, hospitais, rede médica, assistência farmacêutica, razão pela qual motiva grandes controvérsias acerca do papel do Estado nesse particular, em contraposição com a ideologia de governo prevalecente, sendo que o Estado liberal ou neoliberal comporta-se de modo mais restritivo na garantia dessa espécie de direitos, remetendo ao particular a iniciativa por tais proteções. O Estado social ou do bem-estar, de sua parte, tem como característica a incorporação de tutelas reconhecidamente insatisfeitas pela esfera privada, por compreendê-la ineficiente a tutelar interesses que não lhe redundem vantagens imediatas. Relacionando-se ao conflito de posições

¹¹⁴ Dirley da Cunha Júnior lembra que “até alguns direitos sociais, de que são exemplos os direitos dos trabalhadores (art. 7º., incisos XIII, XIV, XXVI, XXIX, XXX, XXXII, XXXIV; art. 8º. e art. 9º.), são direitos de defesa, em face da função de tutela que desempenham, pois que também reclama uma abstenção por parte dos seus destinatários, não dependendo de quaisquer prestações positivas para serem desfrutados, e que por isso mesmo são propriamente denominados de liberdades sociais.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 632).

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 281.

¹¹⁶ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 635.

ideológicas, permeiam outras indagações e teses ampliadoras e restritivas da extensão dos direitos prestacionais, como argumentos de contingência orçamentária, reserva do possível, conteúdo programático de normas que o assegurem etc.

É, de fato, corrente a tese de que os direitos prestacionais são positivos em contraposição às liberdades negativas, com o que se pretende afirmar que, para a preservação dos direitos negativos (de primeira e segunda dimensão) não se depreende esforço estatal para sua garantia, ao passo que para a preservação dos direitos prestacionais, exige-se uma complexa rede de proteção, com inevitáveis gastos públicos. Daí porque a proteção, argumenta-se, deve ser gradual e conforme a “reserva do possível”, vale dizer, conforme as limitações financeiras do Estado. Assim, escusa-se a ineficácia de tais direitos, com base na asserção de que não podem ser eles garantidos senão na medida da capacidade orçamentária, a qual, por sua vez, subordina-se aos limitados ingressos da receita estatal. Ocorre que, como já observaram Sunstein e Holmes, é falacioso esse argumento comparativo com as liberdades negativas, porquanto sustentado em falsa premissa. Com efeito, os direitos em geral têm custo, não importa se são positivos ou negativos¹¹⁷. Para a proteção do direito de propriedade, por exemplo, não se duvida o grande aparato estatal que legitima e preserva o *status quo* econômico, que demanda o dispêndio de vultosos recursos financeiros por parte do ente público. Exemplifica-se também o caso, no direito brasileiro, da estrutura criada para a concretização das eleições, em nome da legitimação democrática.

Hodiernamente, tem-se por questionável a compreensão de normas prestacionais como programáticas. Não mais se compatibiliza com a concepção de Estado constitucional a existência de dispositivos no texto maior sem eficácia, tendo mero conteúdo nominal, na clássica definição de Lowenstein. De fato conforme sua famosa classificação de constituições normativas, nominais e semânticas, “a Carta Brasileira representaria uma constituição nominal, cujas normas ainda não estão sendo acompanhadas por parte do processo político dinâmico.”¹¹⁸. No que se mostra oportuna a crítica lançada por Marcelo Neves, ao afirmar que, em verdade, a Constituição nominalista não propicia uma perspectiva, de seu conteúdo se tornar concreto no futuro. Antes, as normas irrealizáveis

¹¹⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York/London: W. W. Norton&Company, 1999. p. 48.

¹¹⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 27. É o que Pablo Lucas Verdú aponta como diferença entre “ter Constituição” e “estar em Constituição”, significando esta última a aplicação de direitos e deveres socioeconômicos plenamente, com a eliminação de privilégios. (VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 44).

que a compõem consistem em mero álibi para a preservação do discurso formal de proteção aos direitos, mas de prática totalmente diversa em que a Constituição configura simples instrumento de dominação¹¹⁹. Assim é que uma Constituição que contenha a previsão vazia de direitos sem efetividade, porque consideradas simplesmente programáticas em cujo Estado não se haja propiciada a mínima concretização, funciona na verdade como álibi para criar a imagem de que o Estado responde aos problemas reais da sociedade. “A norma constitucional desempenha, assim, uma função preponderantemente ideológica em constituir uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas.”¹²⁰

Por essa razão urge a confirmação dos propósitos enunciados no texto constitucional. Como anota Andreas Krell, “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.”¹²¹

É esse o mesmo entendimento que ganha maior repercussão na práxis, sendo corrente a compreensão de que os direitos demandam concretização.¹²²

Por essa razão, a omissão do Estado na garantia desses direitos traduz-se em conduta injustificada, que motiva a atuação do Poder Judiciário para sanar esse descumprimento. É possível supor que a maior diferença entre os direitos prestacionais para os direitos fundamentais tradicionalmente reconhecidos é que aqueles são destinados a produzir grandes mudanças no *status quo*, daí seguramente a maior resistência de sua colocação em prática. De fato, pode-se observar, na essência desses direitos, um forte espírito de inclusão¹²³.

Um dos argumentos constantemente expostos quando do exame do tema da justiciabilidade de direitos é a possível ofensa de princípios fundamentais do Estado constitucional, visto que este se sustenta na independência de poderes. Constituir-se-ia ingerência indevida a

¹¹⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 116.

¹²⁰ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 28.

¹²¹ *Ibidem*, p. 23.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407.688. Relator Min. Cezar Peluso. Data do Julgamento: 08/02/2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jan. 2011. Caso em que se discutiu o alcance do bem de família como direito social fundamental. Vide ainda o exemplo apontado por Dirley da Cunha Júnior na ADPF nº 45, em que a Corte Constitucional do país reconhece a possibilidade de controle judicial de políticas públicas para a efetivação de direitos sociais. (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 720).

¹²³ “When subsidizing legal services for the poor, the taxpaying public is accomplishing something concrete, but it is also making a highly visible gesture of inclusion. Welfare rights, broadly conceived, have the same purpose.” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p. 219).

intervenção do Poder Judiciário sobre áreas e ações que não estão no seu feixe de competências. Esse tópico será visto quando do estudo da judicialização e ativismo judicial.

3.4 DIREITOS PRESTACIONAIS E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: IMPLICAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE

A ponderação de princípios, de acordo com a teoria constitucional de Robert Alexy, exterioriza a efetivação dos direitos, na maior medida possível. Constitui técnica argumentativa e interpretativa, que se funda na distinção entre princípios e regras, aqueles, “mandamentos de otimização”, e estas, comandos definitivos de aplicação, dispostas a reger plenamente o caso concreto, inobstante o razoável grau de abstração que lhe é pressuposto. Os princípios são aplicados dentro das possibilidades fáticas oferecidas pelo caso concreto. Já as regras têm sua aplicação na modalidade do “tudo ou nada”, cumprindo-se identificar aquela aplicável ao caso concreto, ainda que criada exclusivamente para tanto. Alexy ensina que princípios não se confundem com valores, haja vista o seu caráter deontológico. Promanam a aplicabilidade na técnica de sopesamento, que consiste num juízo de adequação e necessidade¹²⁴, daí se falar em máxima realização conforme as possibilidades fáticas.

Humberto Ávila explica que a ponderação se dá entre as razões que justificam a obediência incondicional à regra – por motivos de segurança jurídica e previsibilidade do sistema –, e as razões que pedem seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra.¹²⁵

Certo de que suas ideias se voltam para a realidade alemã, não se pode deixar de observar, contudo, a utilidade de seus argumentos para o direito brasileiro, após a devida contextualização.

A primeira das contextualizações que se faz necessária diz respeito ao caráter dos direitos sociais, que na Alemanha não alcançam uma dimensão constitucional, tampouco de direitos fundamentais. O que não impediu que se levantasse essa bandeira por lá, inclusive com a inclusão de direitos sociais em diversas constituições estaduais.

Mas além desse argumento empírico, outro de caráter científico é trazido à tona por Alexy.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.588.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009. p. 58.

Alexy incorpora parcialmente a idéia de eficiência de Pareto à sua compreensão quanto à adequação e necessidade, próprias ao juízo de proporcionalidade que desenvolve.

Ocorre que, independentemente de sua aceitação como fundamentais, Alexy parte para uma classificação sobre os direitos fundamentais de conteúdo prestacional, os quais podem ser protetivos e prestacionais *stricto sensu*.

Alexy explica que, de um modo geral, entende-se por direito a prestações aquele em que o titular “poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente”¹²⁶. Em verdade, ele divide os direitos fundamentais de conteúdo prestacional em três grupos, a saber: direitos a proteção; direitos a organização e procedimento; e direitos a prestações em sentido estrito.

Os direitos à proteção são aqueles em que se exige do Estado um resguardo contra intervenções de terceiros¹²⁷. Tais direitos têm uma infinidade de objetos, desde a vida e a saúde, até a família e a propriedade, responsabilidade civil, entre outros. Salvaguardas do Estado, enfim, para que as relações entre indivíduos não sejam indevidamente deturpadas (por um crime, por exemplo).

Os direitos a organização e procedimento, de sua parte, estão associados à ideia de um *status activus processualis*¹²⁸, ou seja, o direito do indivíduo à normas que regem o processo pelo qual seus direitos fundamentais venham a ser assegurados. É a chamada cláusula do *due process* dos direitos fundamentais. Vale dizer, a parte procedimental do direito, dirigida essencialmente ao Poder Judiciário.

Já os direitos à prestação em sentido estrito “são direitos do indivíduo em face do Estado, a algo a que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.”¹²⁹ São direitos prestacionais em sentido estrito, por exemplo, os direitos sociais de assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.

Alexy aponta, ainda, diversos enfoques para o problema da implementação dos direitos prestacionais em sentido estrito. Um deles, de peculiar interesse ao tema em estudo, diz respeito à sua visualização ora como direito subjetivo, ora como normas que apenas obriguem

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 442.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 450.

¹²⁸ Alexy aceita, com algumas observações, a proposta de alguns teóricos como Peter Häberle “à face procedimental da liberdade constitucional”. (*Ibidem*, p. 470).

¹²⁹ *Ibidem*, p. 499.

o Estado de forma objetiva. Nota-se aqui, inclusive, que normalmente o discurso da implementação do direito à saúde, com a elaboração de listas de medicamentos se prendem à tese de uma obrigação do Estado de forma objetiva, vale dizer, sem a contrapartida de um direito subjetivo do indivíduo.

Com efeito, observa-se em dezenas de textos oriundos de representantes de setores de saúde do Estado, o discurso da implementação da política de medicamentos como algo gradativo e obrigação do Estado “na medida do possível” e conforme políticas de prioridade. Há trabalhos nesse campo que sugerem, por exemplo, pressupostos básicos, de ordem epidemiológica, na definição de produtos a serem adquiridos e distribuídos pelo Estado. Tais pressupostos seriam definidos da seguinte forma: as doenças consideradas como “problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades”; doenças tidas como de caráter individual, as quais, “a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados”; e, por último, “doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado”.¹³⁰

A própria Política Nacional de Medicamentos tem como objetivo “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”¹³¹. Em outras palavras, enaltece o discurso de um dever objetivo do Estado, sem que se faça qualquer referência ao direito público subjetivo do cidadão à prestação de medicamentos.

A mesma compreensão restritiva constata-se em alguns segmentos doutrinários, nos quais se defende a tese de que, ao garantir o direito à saúde, o Estado o associa a políticas sociais e econômicas, “até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário.”¹³²

3.5 A UNIVERSALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

¹³⁰ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 41-49, jun. 2010.

¹³¹ Portaria n. 3916/GM de 30 de outubro de 1998.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_afetividade.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.

A Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer a seguridade social, dotada de três modos de ação, a saber previdência, saúde e assistência, e dando caráter universal a proteção à saúde, reconhece de modo efetivo e sem controvérsias que se trata de um direito indistintamente aplicado a todos. É direito que se garante independentemente de qualquer outra condição que não seja a natureza humana. Os direitos previdenciários, no entanto, dirigem-se àqueles que contribuem, salvo algumas exceções pontuais. A assistência social volta-se às pessoas carentes. A saúde, de sua feita, tem pretensão universal e não contributiva.

De fato, o artigo 196 da Constituição brasileira dispõe que a saúde “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

O artigo 198, de sua parte, prevê a adoção do sistema único de saúde, que contempla a descentralização de suas ações, atendimento integral e participação da comunidade. O atendimento integral é previsto, com prioridade para as atividades preventivas, mas sem prejuízo dos serviços assistenciais. Não se pode esquecer que a Constituição estabelece ainda no seu artigo 6º. a saúde como um direito social.

Diz-se, assim, que o direito à saúde é universal. O uso dessa expressão não é por acaso. Quer significar uma proteção ao indivíduo integrado ao contexto social em que vive, dotando-lhe de pleno acesso aos instrumentos e serviços de promoção à saúde.

Em regulamentação às formas de promoção da saúde, a Lei n. 8.080/90 contempla entre uma das formas de ação do Estado o direito à assistência farmacêutica. De fato, em seu artigo 6º., I, *d*, a lei assegura a “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

A interpretação desse dispositivo legal tem motivado grandes questionamentos, sobretudo no que respeita a essa integralidade referida na lei. Não se tem interpretado, logicamente, como absoluta e irrestrita, mas o problema é que há inúmeras situações em que remanesce a dúvida sobre o limite da assistência farmacêutica, sobretudo quanto a medicamentos de elevado custo e que não tenham a sua disponibilização pelo Sistema Único de Saúde.

Alguns parâmetros técnicos tem sido adotados pelo governo, para disciplinar o acesso aos medicamentos. É o caso da portarias ministeriais, já referidas acima, e que disciplinam as diversas ações de dispensação de medicamentos de atenção básica, essenciais e excepcionais.

Há ainda pelo menos dois projetos de lei que pretendem regulamentar a questão, oferecendo alguns parâmetros norteadores à assistência farmacêutica. O projeto de lei n. 338 de 2007, por

exemplo, pretende incluir um novo capítulo na lei n. 8.080/90, que trata da assistência terapêutica e inclusão de tecnologia em saúde. Entre as inovações desse projeto, encontra-se a previsão legal de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Ainda segundo o projeto, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

A análise de inclusão de medicamento em listas de dispensação pelo Sistema Único de Saúde relativos à eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo. Algo que, na prática, já fundamenta a própria aprovação e registro por parte de Agência Nacional de Vigilância Sanitária de medicamentos admitidos no território nacional.

Importante se afigura apreciar que o direito à saúde na Constituição brasileira se encontra catalogada expressamente entre os direitos sociais, os quais, por sua vez, encontram-se dispostos no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Assim, pela própria disposição do direito, conclui-se de antemão que o seu caráter fundamental é claro e isento de dúvidas.

Mas ainda que assim não o fosse, a própria universalidade que marca seu conteúdo já indica a fundamentalidade que o caracteriza.

O direito à saúde tem, portanto, universalidade própria e indiferente a qualquer atributo particular do sujeito, galgando com isso, indubiosamente, o caráter de direito fundamental no contexto constitucional brasileiro hodierno.

O problema que se coloca é como compreender universal direito, que embora garantido a todos de modo igualitário, se resume na prática a um seguro universal de péssima qualidade. O direito à saúde é para todos, é verdade. Na prática, porém, as pessoas que tem mínima condição financeira recorrem imediatamente à saúde suplementar, para se precaverem diante das adversidades e não se sujeitarem a um atendimento hospitalar irregular e muito variável.

Quem pode um pouco mais, não quer se sujeitar a filas em hospitais públicos, inclusive em postos de emergência.

No entanto, no que diz respeito a questão de medicamentos, o problema ganha outra conotação. Como os planos de saúde não oferecem em geral a assistência farmacêutica, mesmo aqueles que contam com a assistência privada da saúde, recorrem eventualmente a requisição pública de medicamentos, o que pode contribuir para o aumento do número de insatisfeito com os serviços prestados e a litigiosidade da questão.

A universalidade do direito à saúde, assim, corre o risco de não passar de simbólica afirmação de direito social, uma vez que a suposta universalidade de atendimento e cobertura se dá na verdade por exclusão e não por verdadeiro propósito integrador.

Nos tópicos seguintes, serão examinadas algumas construções teóricas em torno dos direitos fundamentais, de modo a avaliar se a sistematização do direito à saúde, tal como posto no ordenamento brasileiro, permite se o considere como direito fundamental.

3.6 NATUREZA DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Como um dos direitos que decorrem da concretização do próprio direito à saúde e do direito à vida, o acesso a medicamentos, como visto, pode se considerar como fundamental, garantido que é em sede constitucional.

É um direito social, porquanto fundado na ideia de solidariedade humana e através do qual se credencia o particular a exigir do Estado uma postura ativa perante seus interesses. Tem assim também um *status* positivo, que se caracteriza como um exigir do Estado determinada prática em seu favor, seja o atendimento médico em hospital público, seja o fornecimento gratuito de medicamentos. É prestacional, porquanto encerra uma conduta de dar um bem da vida, um serviço pelo Estado ao particular. A Constituição brasileira assegura, em seu artigo 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas com o objetivo de reduzir risco de doenças e outros agravos, além do acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. As dificuldades de cumprimento da previsão constitucional no contexto nacional reforçam o caráter simbólico¹³³ do texto constitucional, o qual não se limita ao que se encontra ali expresso, mas contém outro sentido

¹³³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 158.

latente e que mais facilmente se apresenta ao redor da existência efetiva da Constituição.¹³⁴

Essa simbologia requer, todavia, efetividade. E assim se estabelece na própria Constituição a formação do sistema único de saúde, voltado entre outras finalidades para o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e a produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos (art. 200).

O art. 6º. da Lei nº. 8.080/90 inclui, de sua parte, entre as ações a cargo do Sistema Único de Saúde a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. A existência de normas procedimentalistas como essas indica o esforço estatal em cumprir os dispositivos constitucionais mediante ações concretas e definidas para as ações de saúde. As lacunas e limites, no entanto, impostos na prática à plenitude de acesso ao tratamento de saúde, reforçam a compreensão de que os velhos e conhecidos argumentos de dificuldades financeiras do Estado e implementação “na maior medida possível” formam um discurso conveniente e perigoso de autonomia da Administração Pública, que podem obstaculizar o pleno diálogo com outras instâncias do poder social constituído, como é o caso do próprio Poder Judiciário. Com isso, a simbologia do direito ganha força, em detrimento da efetividade, considerando-se que o Estado realiza algumas – poucas ações, decerto – sem se esmerar ao ponto de concretamente cumprir, no pleno sentido dessa palavra, a implementação da saúde, visto que essa concretização passaria por uma utilização mais eficiente e poderosa dos recursos públicos, em vez do contingenciamento, burocratização e negociação política forçada e limitativa habituais.

O caráter simbólico do direito termina por sobressair, quando a autonomia sistêmica perde lugar para a interferência excessiva e não controlada de outros sistemas sociais, como a política e a economia.

De todo modo, o fornecimento de medicamentos contempla-se como importante elemento integrativo em termos de política pública de acesso à saúde, na medida em que determinado fármaco ou ação de saúde que se encontre associado à recuperação, convalescimento, enfim,

¹³⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 90. De fato, Neves, para definir propriamente o que significa simbólico, lança mão da contribuição de Freud na diferenciação entre simbólico e real, numa correlação entre o significado latente e o significado manifesto. Da mesma forma que, para Freud, o sonho é a manifestação disfarçada do desejo reprimido, o direito pode deixar escapar dentro de sua estrutura normas, que não obstante o seu sentido manifesto, encontram uma significação latente, muitas vezes inconsciente até. Por outro lado, agir simbólico na verdade é conotativo, na medida em que adquire um significado mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto e prevalece em relação ao mesmo. Assim, por exemplo, um texto jurídico pode ter um significado político latente muito mais relevante do que o significado propriamente jurídico.

algum tratamento de saúde próprio e destinado a um paciente. E não raro é nesse momento em que se observam as brechas e vazios de ação estatal, no cumprimento de seu papel constitucionalmente definido de garantia de direito fundamental à saúde. A política pública de assistência à saúde ainda não supre as deficiências e desigualdades sociais que atingem boa parte da população brasileira.

O fornecimento de medicamentos pelo Estado representa um elemento relevante na garantia do direito à saúde, seja porque propicia o próprio direito em si, como ainda representa uma ação estratégica em setor cujos contornos econômicos levantam constantes problemas de acesso. A assistência farmacêutica tem nítido caráter distributivo e forte propósito de inclusão. Pode-se dizer, afinal, que direito aos medicamentos é um dos modos pelos quais mais se revela o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio esse que pode ser visto como a dimensão ética da autoconservação.

3.7 EFICÁCIA HORIZONTAL: O PONIBILIDADE DE DIREITO PRESTACIONAL AO PARTICULAR

Alexy fala da eficácia horizontal ou efeito perante terceiros dos direitos fundamentais. Para isso compara a visão de posições jurídicas em contraposição a de normas jurídicas. Posições que podem ser entendidas como enfoque do direito pelo intermédio da perspectiva da pessoa em relação ao direito, e não no caminho inverso. E o surgimento dessas posições jurídicas fundamenta competências. Com isso se pode dizer que existem competências que se criam não apenas na relação indivíduo-Estado, mas também aquelas que se criam na relação indivíduo-indivíduo. Ou seja, existem direitos que podem ser exigidos não apenas do Estado, mas também de particulares.

No campo dos direitos negativos, essa posição se apresenta de mais fácil visualização e sem maiores controvérsias. Se alguém tem direito à propriedade, o Estado e qualquer pessoa individualmente considerada têm o dever de respeitar esse direito, abstendo-se de atos que possam obstar seu exercício ou acesso. Sobre direitos prestacionais, orienta-se a sua proteção primordialmente como a cargo do Estado. Mas verificada a normatização dessa classe de direitos, o rol de medidas para a sua efetivação não se limita a ações coincidentes com o serviço público.

De fato, pode ser destacada uma série de ações que fogem do plano Estado-indivíduo e se

inserir numa relação indivíduo–indivíduo, ora por obra de iniciativas oriundas do próprio contexto social, de modo voluntário e organizado, como é o caso de instituições e pessoas imbuídas de propósitos humanistas e voltadas para ações de promoção de direitos básicos e de cidadania.

Mas a maior parte das ações indivíduo a indivíduo, no contexto da efetivação de direitos fundamentais no plano horizontal, não escapa a uma interferência estatal, desde o seu nascimento, mediante a previsão de incentivos, subsídios e vedações, intensa regulação das condutas humanas, com objetivos e finalidades sociais.

Desse modo, na medida em que a ordem constitucional incorpora valores sociais em seu bojo, em função da própria essência das responsabilidades das forças dirigentes de um país, é de se reconhecer a ampliação do rol de direitos fundamentais para alcançar inclusive os direitos sociais.

No direito brasileiro, é essa a questão que toma contornos mais específicos, uma vez que do texto constitucional expresso não se questiona a ampla justiciabilidade dos direitos indicados como fundamentais. Reserva-se a controvérsia para a inclusão dos direitos sociais prestacionais no rol de direitos fundamentais, com o que todos os demais entraves se dissipam. Especialmente, porque no direito pátrio aparentemente costumam ser mais escassos os atos normativos que orientam a esfera administrativa a dar cumprimento às garantias prestacionais dadas pela Constituição, do que as instruções administrativas que disciplinam deveres do administrado (para confirmar esse fato, basta para tanto observar a plêiade de normas tributárias).

O problema maior talvez consista no modo de proteção desses direitos na esfera judicial. Sobre esse tópico, Alexy aponta que, enquanto para a proteção das ações negativas (direitos de defesa) é necessária a abstenção de todas as possíveis condutas que lhes sejam prejudiciais, para a satisfação das prestações positivas, basta a realização de uma única ação adequada de proteção ou fomento, ou, se for possível mais de uma, necessário que apenas uma das possíveis condutas seja realizada.¹³⁵ Entre essas formas, não há porque não se considerar o Judiciário como uma de suas possibilidades de realização, preferencialmente é claro a última, porquanto não se justifica a interferência de um órgão independente em outro, salvo em caso de flagrante necessidade e urgência.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 462.

No campo dos direitos prestacionais, o direito à assistência farmacêutica tem se beneficiado de medidas que diminuem o custo de medicamentos e cujo ônus direto se volta para pessoas jurídicas de direito privado. É o caso do licenciamento compulsório de alguns medicamentos para determinados programas sociais do governo, com os quais se obtém uma redução substancial no custo de fármacos, que são distribuídos em programas assistenciais de saúde.

Observe-se ainda que o Estado fomenta determinadas atividades, mediante a instituição de imunidades tributárias, no chamado terceiro setor, saúde e educação. Além disso, estipula compromissos de assistência social nesse campo. Ou seja, pretende-se convocar a sociedade a prestar serviços e tarefas que objetivamente são da responsabilidade do Estado, oferecendo-lhe, em troca, o benefício de não ter de pagar, ou pagar menos impostos e contribuições sociais.

Daniel Sarmento recorda que muitas decisões judiciais valem-se do direito fundamental à saúde como vetor interpretativo para a aplicação do conceito de cláusula abusiva, e assim obrigar planos de saúde à realização de tratamentos médicos excluídos por ajuste contratual.¹³⁶

Com isso estabelece-se maior legitimidade na exigência instituída à esfera privada de ações com conteúdo prestacional, ao passo em que aumenta o rigor na busca de critérios equânimes na efetivação dos direitos, evitando-se abusos. É o caso das entidades beneficentes, que gozam de imunidade tributária, desde que atendidos os pressupostos estabelecidos na lei, em ações voltadas à implementação da saúde ou educação.

A vantagem ou desvantagem dessas medidas é dotada de complexidade que desborda do universo do sistema jurídico, donde arriscar-se quanto à conveniência de determinadas políticas sociais em detrimento de outras representa um risco, senão uma leviandade no foro do universo do direito.

Canotilho aponta, inclusive, a incongruência de alguns argumentos discorridos na análise da aplicabilidade dos direitos sociais, como o de que estes são escondidos pelos juristas numa indeterminação normativa. Em resposta a esse questionamento, Canotilho propõe a diferenciação entre direitos sociais e políticos e políticas públicas de direitos sociais.¹³⁷

Dificuldades na apreciação de dados oriundos da análise econômica, por exemplo, correm o

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 300.

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 101. Nessa obra, o autor trata do que chama metodologia *fuzzy*, apelido que a teoria da ciência vem dando aos juristas, para com isso dizer que eles não sabem o que falam quando se trata de questões que envolvem os direitos econômicos, sociais e culturais.

risco de serem mal interpretados no campo do direito, em que a sistematização própria pode levar a compreensões vazias e fora de contexto.

4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE

4.1 PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA

O neoconstitucionalismo ou novo constitucionalismo é uma teoria, ou um conjunto de teorias, em que se concebe para a Constituição um novo papel.

Pode-se dizer que teve acolhida no cenário jurídico ocidental após a Segunda Guerra Mundial, num ambiente pós-positivista, propício à definição de princípios e objetivos claros para o Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, a efetividade dos direitos fundamentais.

No constitucionalismo clássico, é preconizada a idéia de um governo limitado a regras indispensáveis à garantia dos direitos individuais e de uma comunidade, em dimensão estruturante de sua organização político-social. Nele os princípios são considerados ideais por atingir, sendo inclusive muitos deles desprovidos do próprio *status* constitucional. É reservado para as codificações civis o campo dos princípios gerais e normas de interpretação do direito.

Já o neoconstitucionalismo destaca-se pela normatividade dos princípios na própria carta constitucional. Além disso, defende-se que a Constituição, a lei suprema de um Estado, não se conforme em ser mera carta de princípios e assuma lugar central na interpretação das normas, exigindo-se por outro lado a construção de mecanismos eficazes de garantia desse papel relevante. Como explica Dirley da Cunha Junior, consolida-se a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa¹³⁸.

Paulo Bonavides salienta que a proclamação da normatividade dos princípios – que pode ser notada mesmo em decisões de cortes supremas no constitucionalismo contemporâneo – mostra uma tendência à valoração e eficácia dos princípios como “normas-chaves” do sistema jurídico. “Normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em

¹³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 35.

seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.”¹³⁹

Manoel Jorge e Silva Neto destaca como principais aspectos do neoconstitucionalismo a oposição ao positivismo jurídico; a proposta de hermenêutica constitucional com nova concepção de norma jurídica, do problema das fontes do direito e dos métodos de interpretação; a defesa da máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social; a compreensão de que o direito é instrumento de transformação da realidade física, no lugar de uma simples reprodução dessa mesma realidade¹⁴⁰. Trata-se, com efeito, de um modelo normativo que não requer a formulação de um ideal jurídico independente do direito positivo e que não afasta a conexão entre direito e moral.¹⁴¹

Silva Neto recorda ainda que, no âmbito interpretativo, os caracteres do neoconstitucionalismo podem ser sintetizados nas seguintes formulações:

a) princípios *versus* normas: o ordenamento jurídico não se compõe somente de normas, senão de normas e princípios; b) ponderação *versus* subsunção: diante da existência de princípios, exige-se teoria interpretativa distinta da clássica subsunção, quando, malgrado a antinomia entre eles, devem ser sopesados mediante o juízo de ponderação; c) Constituição *versus* independência do legislador: a norma constitucional deve funcionar, sempre, como um guia ao legislador a partir e com fundamento no qual promove as suas escolhas políticas quando da edição de lei; d) juízes *versus* liberdade do legislador: ultrapassada que está a técnica da subsunção diante da presença de princípios constitucionais (ou normas-princípio), ao juiz se impõe o encargo de contígua adequação da lei às prescrições constitucionais.¹⁴²

A força dos direitos sociais se revela nesse contexto como parte de um rol de direitos que visam a regular a conduta dos indivíduos, mas que regulam sobretudo a atividade do legislador. E em razão desse controle da atividade do legislador, ocorre que a moderna doutrina constitucionalista termina por ser o palco de embates entre a atividade jurisdicional e a atividade legislativa. Como ensina Santiago Sastre Ariza, a principal dificuldade do modelo jurídico do neoconstitucionalismo é estabelecer os limites e articular um desenho que permita conjugar o trabalho jurisdicional e a função do legislador. Há ocasiões em que se reivindica a

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 257.

¹⁴⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Discriminação racial nas relações de trabalho. *Equipo Federal del Trabajo – Facultad de Ciencias Sociales-UNLZ- Año IV Número 40* (2008), p. 09-23.

¹⁴¹ POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Miguel; Editorial Trotta, 2005. p. 205. Para essa autora, no entanto, “a contraposição entre juspositivismo e neoconstitucionalismo não parece basear-se tanto sobre a relevância de uma diferença estrutural do objeto estudado, quer seja o ordenamento jurídico do Estado legalista ou o ordenamento jurídico do Estado constitucional, mas na diferente teoria do Direito, e de suas tarefas, que se entende como própria de um ou de outro. Segundo o neoconstitucionalismo, em substância, as tarefas meramente descritivas que o juspositivismo requer ao teórico não seriam separadas das tarefas normativas que o Direito do Estado constitucional pretenderia do mesmo. Mas se essa afirmação pode ser fundada quando o sujeito que desenvolve a atividade interpretativa (de individualização do conteúdo do Direito) é o jurista juiz, não o é pelo contrário quanto o que desenvolve essa atividade de individualização do Direito é o mero jurista.” (*Ibidem*, p. 205, tradução nossa).

¹⁴² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 09 e 23.

importância da legitimidade democrática do legislador e das pautas formais que foram adquiridas com a conquista do Estado de Direito (como, com certeza, a igualdade formal e a separação de poderes), tratando de reduzir o ativismo judicial. Em outras se põe em relevo que é preciso redefinir a democracia a partir dos requisitos que figuram na Constituição (num intento de pretender reconciliar a Constituição com o processo democrático) e que os juízes têm o dever de aplicar as leis que passaram previamente pelo teste de constitucionalidade.¹⁴³

O contraste entre a atividade legislativa – geral e abstrata – e a atividade judicial – voltada a decidir o caso concreto – expõe os conflitos de poderes do Estado, no que a orientação pós-positivista e neoconstitucionalista tem papel decisivo. À ciência jurídica, de sua parte, impõe-se estruturar e organizar esse plexo de valores.

4.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO: DOGMÁTICA JURÍDICA

Quando se diz que a saúde é um valor fundamental encartado na Constituição brasileira quer se expressar que um juízo classificatório¹⁴⁴ e a ser sopesado diante de outros bens importantes igualmente previstos na Constituição.

As normas jurídicas, de um modo geral, sedimentam a opção de valores de um Estado. A ciência do direito tem reconhecido papel de identificar e questionar esses valores. Oportuno lembrar que, se a “Jurisprudência” (no sentido de ciência do Direito) compreende a si própria como “ciência normativa”, isso não pretende significar que ela mesma dê normas, ou que ponha em vigor normas jurídicas.¹⁴⁵ Ou seja, é ciência normativa não porque estatui normas jurídicas, mas porque fala sobre normas jurídicas¹⁴⁶.

A ciência do Direito abrange a própria dogmática, que, por sua vez, é a parte do direito que consolida as posições jurídicas e permite as decisões, permitindo segurança ao sistema jurídico. Mas, para isso é necessário atentar-se aos fatos sociais¹⁴⁷. Exige-se contextualização

¹⁴³ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Miguel Carbonell; Editorial Trotta, 2005.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148.

¹⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 270.

¹⁴⁶ Embora Larenz também faça a distinção entre regra jurídica (*Rechtsnorm*) e norma jurídica (*Rechtssatz*), não o é do mesmo modo que faz Kelsen, porque Larenz não resume a ciência jurídica a um papel descritivo. Para ele, a ciência jurídica, além de ser normativa, é dotada também de um caráter compreensivo, no qual se reconhece a grande força do intérprete na descoberta, definição ou escolha da norma jurídica aplicável ao caso concreto. A esse pensamento, decorre naturalmente outro, acerca das proposições jurídicas. (*Ibidem*, p. 350).

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 263.

com a realidade. Não se aceita da ciência jurídica um “ensimesmamento autossuficiente” na análise da norma¹⁴⁸.

Muitas vezes tem de se deixar a primeira palavra sobre os fenômenos, sobre os fatos, enfim, a outras ciências; a saber, de acordo com a matéria de que se trate: à investigação social empírica, à medicina, à biologia, à psicologia, enfim, a diversas técnicas. Há muitas situações em que somente esses campos do conhecimento humano podem afirmar com segurança como será a regulação proposta na realidade social, “que alternativas na realidade existem objetivamente, quais os meios disponíveis, quais as vantagens e desvantagens que é legítimo esperar.”¹⁴⁹

Por outro lado, há limites a essa investigação realizada pela ciência do direito. Por visar, geralmente, a um ordenamento jurídico determinado, é necessário ainda que se argumente jurídico-politicamente, dentro de um balizamento conforme aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico vigente¹⁵⁰.

A influência de outras ciências no direito ocorre, por assim dizer, de modo reflexo, na medida em que, em muitas situações, uma primeira leitura do contexto fático é oferecida por outros campos do conhecimento, outras tecnologias e variações do modo de pensar.

A ciência do direito é normativa, o que não significa que ela própria dite as normas jurídicas, ou as ponha em vigor. É normativa porque tem por objeto o direito, como conjunto de normas. E porque permite construir um sistema de normas jurídicas que se estrutura mediante um escalonamento valorativo e coerente.

Validade normativa é pretensão de conformação e não necessariamente vigência fática¹⁵¹. Ao final do trabalho científico, o resultado não deve se resumir a um elenco de soluções juridicamente aceitáveis, mas ao menos composto de uma resposta plausível, com “um conteúdo mínimo de justiça da decisão”¹⁵².

O trabalho da ciência do direito é, nesse sentido, recortar as relações normativas de sentido do Direito e convertê-las expressamente no tema da sua indagação.

E nesse ponto a atividade judicial e da própria jurisprudência têm uma importância considerável em relação à atividade do legislador. Daí porque pode se considerar até mesmo

¹⁴⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 263.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 269.

¹⁵⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 270.

¹⁵² *Ibidem*, p. 293.

ingênua a ideia de que a interpretação possa provir da simples letra da lei, vontade ou intenção do legislador. Ou quando muito, que a interpretação ofereça tão-somente uma moldura de variadas soluções, sem valoração. Nesse campo, o positivismo jurídico, de uma maneira geral, e em destaque, a doutrina kelseniana, em seu esforço “para construir a norma jurídica com abstração do elemento político que incorpora”¹⁵³, optou por criar uma ficção de autossuficiência da norma jurídica, em que pese ao seu conteúdo já de antemão relacionado à ideologia da autoridade legisladora.

Os enunciados sobre a validade e sobre o conteúdo das normas jurídicas não são “fatos” plenamente perceptíveis, nem suscetíveis de corroboração experimental. A ciência do direito não exige a prova da existência dos fatos, mas contenta-se com a regra de correção de seus enunciados. Nesse ponto é oportuno o escólio de Engisch, o qual observa que enunciados sobre fatos perceptíveis podem ser “verdadeiros” ou “errados”, enquanto enunciados sobre a validade de uma norma podem ser “corretos” ou “incorretos”¹⁵⁴.

Ainda nesse quesito de validade e invalidade da norma, pertinente o método funcional de Luhmann, peculiar e distinto ao científico-causal. O seu ponto de vista é o da “redução da complexidade social”, com o que o direito representa um dos mecanismos dos sistemas sociais para alçar legitimação de suas decisões.

Vale dizer, a legitimação cria uma predisposição para a aceitação das decisões no meio social. Como é sabido, o sentido de “legitimação” nesse caso significa a disposição para a aceitação de decisões; e “legitimação pelo procedimento” o acréscimo de tal disposição, na medida em que os seus destinatários participem do procedimento, nele desempenhando papéis. Luhmann, por sua vez, parte da própria noção de legitimidade dada por Max Weber para a sua construção teórica.¹⁵⁵

A ciência do direito não é apenas normativa, mas ainda tem caráter compreensivo. E para assim considerar, observa-se que, no dia-a-dia, a conversação imediata e as relações entre as pessoas têm uma estrutura circular, pelo próprio uso da linguagem, mas é irreflexiva. Já a

¹⁵³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 88.

¹⁵⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 273. Com efeito, Engisch atenta para o caráter peculiar do direito, cuja pretensão de confirmação não pode se dar senão atenta a uma historicidade e contextualização por essência mutável: “das leis que regem o Direito e através das quais este impõe o seu domínio se aguarda sempre aquela validade universal que se espera das verdades e das leis da natureza. E ficamos profundamente decepcionados quando a não encontramos.” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2004. p. 15).

¹⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 30.

interpretação, esta entendida como a atividade consciente do intérprete, é reflexiva. “Interpretar quer dizer decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações”¹⁵⁶. E é precisamente por isso uma ciência: porque problematiza por princípio textos jurídicos, ou seja, questiona-os em relação às diferentes possibilidades de interpretação.

O processo do compreender não tem apenas uma direção linear, como uma demonstração matemática, mas em passos alternados, que tem por objetivo esclarecimento recíproco de um mediante o outro. No círculo hermenêutico, o sentido de cada palavra só se pode dar através conexão de sentido de texto. O movimento circular não retorna ao ponto de partida.

Fala-se de um “ir e vir de perspectiva”¹⁵⁷. A pré-compreensão possibilita ao juiz uma determinada conjectura de sentido diante de seu entendimento da norma e da solução a encontrar, como também constroi para si uma “convicção de justeza”. Com base nas suas pré-compreensões, alcançadas graças a uma “atuação eficaz sobre as possibilidades de evidência na valoração pré-dogmática”, já valora antes mesmo de começar com a obrigatória interpretação da lei ou com considerações dogmáticas. Estas servem de “controle de concordância” para comprovação da compatibilidade da solução já encontrada com o sistema do Direito positivo. O problema fundamental para quem aplica a norma não é a distância temporal, mas a distância entre a necessária generalidade da norma e a singularidade do caso concreto. Superar (mediar) esse problema é tarefa da concretização da norma, que Gadamer chama de “complementação do direito.”¹⁵⁸ Gadamer, porém, vê a norma como a bitola com que tem de mensurar o caso¹⁵⁹.

O processo de interpretação é dialético, de acordo com a estrutura. Não é uma simples “aplicação” da norma, mas o realizar de uma valoração que esteja de acordo com a norma ou o critério diretivo “tido em conta”. Tal “correspondência”, para os fins de uma subsunção, não

¹⁵⁶ LARENZ, *op. cit.*, p. 283.

¹⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 287. Engisch fala do “pendular entre cá e lá do olhar, entre a premissa maior e a situação da vida”. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2004. p. 150).

¹⁵⁸ LARENZ, *op. cit.*, p. 295.

¹⁵⁹ Gadamer reconhece que o intérprete sempre tem a lei em mente quando a interpreta, “mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e é só por isso que o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato legislador.” *Verdade e método*. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universitária São Francisco, 2007. p. 429). “Assim, fica claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito.” (*Ibidem*, p. 446-447).

significa uma equivalência e precisa, para ser convincente, de múltiplas mediações. Por isso a ciência do Direito é tanto no domínio prático (o da “aplicação do direito”) como no domínio teórico (o da “dogmática”), um pensamento em grande medida “orientado a valores”.

Claus-Wilhelm Canaris explica que “a manutenção do idealismo, mas em termos críticos, a opção por desenvolvimentos e investigações centrados em institutos concretos e o avançar com recurso a um pensamento ondulado, à imagem da dialéctica hegeliana”¹⁶⁰.

Kaufmann, de sua parte, recorda o neohegelianismo permitiu inclusive a renovação do direito após o colapso do nazismo¹⁶¹. Com efeito, como neohegeliano se entenda creditar ao Estado o papel de definir a moral aplicável no caso concreto¹⁶², o que significa uma interpretação das normas, em especial das normas constitucionais, de modo mais amplo e orientado às finalidades do Estado de Direito.

Enfim, o que se quis dizer até aqui, de modo mais simples, é que faz parte da ciência jurídica orientar-se para a definição de possíveis soluções do caso concreto, as quais devem ser harmonizadas em seu aspecto valorativo. Trata-se de visão do direito consentânea com a opção neoconstitucionalista, que imprime basicamente a centralidade dos direitos fundamentais na interpretação das normas constitucionais.

De todo modo, a ciência jurídica não pode se furtar a contribuir para a atividade decisória, em busca daquela que melhor se apresente, em termos de ideal de justiça, ou ao menos que não se traduza em decisão manifestamente injusta. Deve ter como propósito a obtenção de um refinamento metodológico, o qual permita ao intérprete percorrer caminhos, de modo a que se encontre, se possível, a melhor solução ao caso concreto. Se verdadeiro que o Direito é precisamente uma ciência porque problematiza por princípio textos jurídicos, ou seja, questiona-os em relação às diferentes possibilidades de interpretação¹⁶³, certo também que a isso ela não se resume.

¹⁶⁰ CORDEIRO, A. Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. XVIII.

¹⁶¹ KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 131.

¹⁶² Ao menos é o que se conclui do que relata o próprio Kaufmann, quando explica que para Hegel, “Estado e direito são um só. Consequentemente, para Hegel, só há um Estado e um direito – não um Estado ideal ao lado do real, não um direito natural ao lado do positivismo; ambos são o mesmo. [...] Ele preocupa-se em instituir uma unidade entre generalidade e particularidade, por um lado, e entre moralidade objetiva e atitude moral subjetiva, por outro.” Ao que Kaufmann reage afirmando que “o Estado não é de maneira nenhuma, *a priori*, ‘a realidade da ideia moral’, e as suas leis não constituem, por necessidade imperativa, o direito correto da razão, cuja obediência é expressão da liberdade e do estar consigo mesmo.” Karl Larenz reconhece a incorporação em seu pensamento de algumas ideias de Hegel, sobretudo na sua concepção de historicidade do direito, bem como a importância dos conceitos “concretos” na sua sistematização. (Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 540 e 650-655.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 283.

Ao encartar-se a legitimidade na pesquisa jurídica do valor, como algo necessariamente encontrável na atividade do intérprete – não apenas em decorrência das pré-compreensões ou da recorrência a juízos tipológicos – mas porque também a norma abstrata já vem carregada de sentido, propicia-se ao direito um pensamento metodológico crítico e construtivo, em que se ampliam as possibilidades do intérprete em face da vastidão de temas que exigem conhecimentos de diversas áreas, como biologia, ética, política, administração, economia e principalmente conhecimentos jurídicos que se constroem da análise do sistema jurídico posto, dos princípios constitucionais e demais regras do ordenamento.

Diversos autores defenderam a plenitude lógica do ordenamento jurídico. Basta recordar a Jurisprudência dos conceitos, a qual foi confrontada pela Jurisprudência dos Interesses, que, segundo o próprio autor, em vez de um sistema fechado de conceitos jurídicos, tendia “para o primado da indagação da vida e da valoração da vida”¹⁶⁴.

Essa concepção teórica, no entanto, reconhece a ampla possibilidade do chamado desenvolvimento judicial do direito e a superação de lacunas no ordenamento jurídico. Aceita-se, inclusive, a concepção de “natureza das coisas”, defendendo assim o caráter inevitável de determinadas constatações, de acordo com a realidade da vida¹⁶⁵.

De sua parte a Constituição brasileira de 1988 desafia o intérprete e aplicador do direito a encontrar, em cada caso, a solução a mais indicada em meio a uma profusão de preceitos e garantias, que se voltam não só à afirmação de um Estado de direito, mas de atenção à realidade social e, sobretudo, transformação dessa mesma realidade.

4.3 CONSTITUIÇÃO, SAÚDE, ASSISTÊNCIA SOCIAL E FARMACÊUTICA

A Constituição brasileira de 1988 reorganizou o sistema jurídico do país, ampliando o rol de abrangência de suas disposições, não apenas na tradicional estruturação do poder, em sua parte orgânica, como estabelecendo uma série de objetivos fundamentais do Estado, além de uma poderosa ampliação do rol de direitos fundamentais. Dotada de grande conteúdo analítico, desceu a minúcias outrora inconcebíveis numa Carta Constitucional.

Entre suas disposições, inclui-se a concepção de seguridade social, que, como visto,

¹⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 64.

¹⁶⁵ “A natureza das coisas é um critério teleológico-objectivo de interpretação, sempre que não se possa supor que o legislador tenha querido desatendê-la.” (*Ibidem*, p. 595).

compreende saúde, assistência e previdência social. No que respeita à saúde, a Constituição de 1988 inaugurou no sistema brasileiro a universalização do atendimento e cobertura da saúde, que significa o oferecimento do serviço de saúde em sua rede de hospitais, postos de saúde, bem como à rede de serviços sociais, independentemente de qualquer prévia vinculação ao sistema, sendo disponível a todos indistintamente.

A Constituição brasileira ressalta ainda a previsão de assistência social, “aos que dela necessitarem”. A par do tradicionalmente conhecido instituto do amparo assistencial, regulamentado na Lei n. 8.742/93, que oferece um salário mínimo a pessoa idosa ou portadora de deficiência que possua renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, existem outras ações de transferência de renda, com vistas à redução da pobreza.

Poderia se cogitar de que a assistência farmacêutica integra o conjunto de medidas de assistência social, embora também vinculada por princípio à universalidade do direito à saúde. Mas é bem verdade que o programa de dispensação de medicamentos não tem como objetivo principal o de redução da pobreza, mas de garantia a saúde. Por outro lado, é certo que o fornecimento gratuito ou subsidiado de medicamentos termina por resvalar em distribuição de renda, já que as famílias que normalmente têm em seu orçamento mensal despesas contínuas com remédios, podem ter o alento de, em alguns casos, obterem gratuitamente na rede pública ou com valor mais reduzido, o fármaco já incluído em seus gastos habituais.

Essas considerações são oportunas, diante da conjectura que é feita no presente trabalho, sobre a possibilidade de se vincular o fator renda e pobreza e, com isso, condicionar o fornecimento de medicamentos à demonstração da situação de pobreza do indivíduo.

Como já visto anteriormente, a jurisprudência tem de um modo geral dado importância ao requisito da pobreza ou hipossuficiência econômica, absoluta ou relativa – esta última, em razão de medicamentos de elevado custo – para a promoção da saúde no caso concreto.

No entanto, não custa lembrar que o direito à saúde, sendo universal, não pode ser obstado diante de fatores econômicos, como a renda familiar do indivíduo que requer a ação de saúde.

Outro dado a ser considerado é que, se o Estado propicia assistência farmacêutica, por intermédio de ações judiciais, em primeiro lugar, à camada da população que tem a seu dispor profissionais com formação mais apurada, tanto na área jurídica como na área médica, os quais estão, cada um seu campo técnico, mais afeitos aos melhores mecanismos de acesso à justiça e aos bens da medicina. Notam-se, inclusive no campo farmacêutico, alguns profissionais mais dispostos a prescrever medicamentos mais modernos, eficientes e, em

muitos casos, de custo elevado.

É, com efeito, situação que causa distorção no sistema de saúde, mas cuja solução não passa pela simples recusa da assistência farmacêutica. Como se verá mais adiante, um dos caminhos é atentar-se para o requisito da hipossuficiência econômica possa, em alguns casos, ser levado em consideração na apreciação judicial quanto à prestação de medicamentos pelo Estado. Trata-se de uma verificação inversamente proporcional à essencialidade do fármaco requerido. Vale dizer que há medicamentos e ações de saúde, para cujo fornecimento não compete ao Estado indagar qualquer tipo de condição econômica do paciente, sobretudo quando a assistência farmacêutica indicar a promoção de saúde a setores estratégicos da vida social, a atenção a minorias, e em outros casos diversos, conforme a riqueza dos fenômenos da vida.

Por outro lado, o acesso à justiça, que também constitui princípio constitucional, cumpre ser observado, de modo a que o Estado também providencie, como já o faz em alguma medida – entre outras ações, com a criação de defensorias e assistência judiciária gratuita – a plena inclusão social com vistas à democratização no acesso à justiça e, por conseguinte, luta pelo direito à saúde.

A tripartição da seguridade social enseja uma dificuldade no examinar da assistência farmacêutica nesse contexto. De fato, a saúde, conforme prevista na Constituição, é universal. E dentre suas medidas, a assistência farmacêutica se insere. Ocorre que, conforme a própria expressão “assistência farmacêutica” indica, aproxima-se ela da outra via da seguridade social, destinada às pessoas carentes. É difícil conciliar essas expressões, e tanto o é que, na prática, elas ganham força e o requisito da miserabilidade é vez por outra exigido em demandas judiciais.

A orientação neoconstitucionalista, no entanto, exige que se faça aplicar também nesse caso a opção pela centralidade dos direitos fundamentais.

Outro ponto que não pode ser esquecido diz respeito à interpretação da norma jurídica e, sobretudo, da norma constitucional, que desafia uma abertura e procedimentalização, de modo a recompor a legitimidade democrática da sociedade aberta dos intérpretes.

Com efeito, a abertura interpretativa, ao tempo em que retira o monopólio¹⁶⁶ hermenêutico de “doutos” e poucos esclarecidos e propicia um maior debate sobre o conteúdo da Constituição.

¹⁶⁶ Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 15.

Sobretudo na multifacetada interpretação dos direitos sociais, a abertura agrega riqueza interpretativa, favorecendo à Corte Constitucional maior acesso aos dados da realidade. Como exemplo dessa providência pode ser citada a possibilidade da figura do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade, bem como a inserção de audiências públicas nas pautas de trabalho das Cortes, com o objetivo de incorporar elementos dos mais variados setores da sociedade.

Recentemente, como é sabido, o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública tendo como tema a judicialização da saúde, oportunidade em que se manifestaram não apenas profissionais do direito, mas médicos, cientistas políticos, representantes de entidades públicas e privadas, com diferentes pontos de vista, o que seguramente amplia o horizonte interpretativo da Corte Constitucional.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

5.1 O PODER JUDICIÁRIO

A condição humana implica alteridade¹⁶⁷, uma imprescindível relação com o outro. A intersubjetividade das relações humanas produz diferenças, divergências e conflitos.

Afastado, no desenvolvimento das sociedades, o direito de autotutela – a possibilidade de exercício da “justiça” com as próprias mãos – delegou-se ao Estado a função de por fim aos conflitos.

A existência de um Poder Judiciário, institucionalizado como se conhece hoje, decorre da cisão das funções do Estado, próprio da separação de poderes, que evoluiu a partir de concepção de Aristóteles, que em sua obra *Política*¹⁶⁸, distinguiu três funções políticas, três poderes, hoje conhecidos como legislativo, executivo e jurisdicional¹⁶⁹. Locke, de sua parte, em seu trabalho intitulado *Tratado Sobre o Governo Civil*¹⁷⁰ reexplora a teoria da separação dos poderes: se se quer proteger a liberdade contra o absolutismo, é necessário que o poder legislativo e o poder executivo sejam distintos, um reverente ao Parlamento, outro ao rei¹⁷¹. Na França, Montesquieu também combate o absolutismo. Reprova na monarquia francesa o fato de que “o rei reduziu o Estado a sua capital, a capital a sua corte e a corte a sua pessoa”¹⁷².

A doutrina da separação de poderes¹⁷³ reconhece, enfim, a necessidade de limitação dos poderes do soberano. Consolida-se a necessidade de repartição do poder estatal em Executivo,

¹⁶⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 495.

¹⁶⁸ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p. 1300.

¹⁶⁹ CHALVIDAN, Pierre-Henri. *Droit Constitutionnel*. Paris: Nathan, 1996. p. 13.

¹⁷⁰ Em verdade, Locke defende a cisão entre os poderes legislativo, executivo e federativo (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. p. 170.)

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 19.

¹⁷² “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168).

¹⁷³ Embora conveniente a expressão, em verdade Montesquieu nunca tratou de separação de poderes, segundo consenso doutrinário, mas da definição e distinção das funções do Estado, voltado mesmo à ideia do *check and balances*.

Legislativo e Judiciário.

A atividade judicial, como visto, nesse momento inicial identifica-se a uma simples aplicação das leis ao caso concreto. Cumpre ao Judiciário a tarefa de realizar o *juris dictio*. A ampliação do Poder Judiciário passa por uma ampliação da compreensão da aplicação, não como apenas mera subsunção da lei na solução de litígios concretos.

É certo que o crescimento e a definição da atividade judicial requer uma contextualização histórica correspondente aos dois grandes modelos ocidentais de sistema jurídico, que oferecem diferentes subsídios para análise e apreciação. Trata-se de contrapor os sistemas do *civil Law* e do *common Law*. O primeiro constitui o modelo continental-europeu, que dá grande ênfase à hierarquia das normas, ao primado da lei em detrimento do poder judicial. O segundo é o modelo desenvolvido, sobretudo, na Inglaterra e Estados Unidos, fundado no conservadorismo e na força dos precedentes judiciais.

Para tanto, o modelo continental europeu (*civil Law*) identificou-se de um modo geral com a postura mais restrita de atuação do julgador. Na França, por exemplo, é conhecida a grande resistência ao Poder Judiciário, sobretudo pós-revolução, já que muito associado à nobreza, o que incute desconfiança quanto ao conservadorismo próprio dessa instituição como revelador do propósito de um temido retorno ao *ancien régime*.

Já na Inglaterra, em que a evolução do Judiciário se deu de modo mais lento e gradual, representou esse Poder uma força constritora da soberania do Parlamento, mantendo o bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Talvez por isso, o Judiciário sempre teve atividade criativa mais loquaz e evidente no sistema inglês, tendo influenciado desde a origem o sistema norte-americano que, inspirado nas ideias libertárias do iluminismo, e sendo o primeiro país a instaurar o ideal de separação de poderes, teve desde seu berço um Poder Judiciário mais eloqüente, cuja força construtiva do direito alcançou maior destaque, tornando aquele país sede de um sistema de grande força dos precedentes, em contraposição ao sistema de primado da lei, vigente no plano continental-europeu.

Não é de se espantar que tenha sido aquele país a pátria do ativismo judicial, local onde inclusive foi cunhada a expressão pela primeira vez, representando inclusive a atividade proativa do julgar e de interferência nos demais órgãos do poder soberano.

A expansão do papel do juiz evidencia a difícil relação entre o sistema político e o sistema jurídico. Enquanto o sistema político é mais afeito a lidar com situações complexas, o sistema jurídico produz, na expressão de Luhmann, redução da complexidade para os códigos

lícito/ilícito, de modo que constitui um sistema fechado operacionalmente, mas comunicativo com outros sistemas, inclusive a política.

A Constituição é onde se dá o acoplamento estrutural entre política e direito. Habermas, no entanto, critica essa visão luhmanniana, por entender que o sistema jurídico não se resume a um funcionalismo que reduz o poder do argumento a um papel de “manter o uso oficial do direito”, mas sim o argumento que constrói a racionalidade, e é a razão que deve nortear a ligação entre direito e política. Razão essa que se encontra pela argumentação, pelo debate de ideias, num ambiente democrático.

De todo modo, quando se fala em ativismo, fala-se de uma investida política da atividade judicial. Ativismo é o oposto da autocontenção.

Mauro Cappelletti escreve sobre o fenômeno do crescimento da criatividade da interpretação judiciária, característico da época presente. De fato, ao tempo da obra de Montesquieu, por exemplo, toma-se como algo abusivo conceber que os juízes pudessem criar o direito em vez de simplesmente declará-lo. No entanto, notam-se com o tempo diversos movimentos contrários à limitação do papel do julgador a um magistrado “boca da lei”, circunscrito à aplicação estrita e sem qualquer criatividade da norma legal. Foi o que se combateu em movimentos teóricos como o *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *Interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Geny e seus seguidores na França.¹⁷⁴ Como se verá adiante, parte dessa concepção inventiva do poder de julgar reside no que mais tarde veio a ser determinado “ativismo judicial”, que merecerá atenção destacada em tópico mais à frente neste trabalho.

Cappelletti informa que ocorreu a ampliação das funções do Estado, com a assunção de tarefas novas, tais como a legislação social ou de *welfare*, para as quais os tradicionais métodos legislativos se mostraram inadequados. O fato é que houve uma publicização da vida privada e, por consequência, uma publicização do direito. Tal fenômeno requereu maior interferência do Estado na esfera individual e, por consequência, a criação de novas expectativas de atuação judicial. Por essa razão, se em alguma medida toda interpretação é criativa, com maior razão o será no caso de versar sobre direitos sociais, pelo fato de serem “essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 32.

posição de negar o caráter preceptivo, ou ‘self-executing’, de tais leis ou direitos programáticos.”¹⁷⁵

5.2 SISTEMA POLÍTICO E SISTEMA JURÍDICO

Falar de Poder Judiciário, e da legitimidade de sua atuação, é falar de mútua influência entre política e direito. Há muito a doutrina administrativista debate, por exemplo, sobre a natureza da função pública do juiz, se agente político ou servidor público, já que fatores como acesso e instrumentos de poder devem ser levados em consideração na definição desse *status*. Relevante na discussão sobre o papel político do julgador é o grau de interveniência entre os sistemas apresentados. O sistema político e o sistema jurídico, segundo Niklas Luhmann, não são esferas díspares e independentes, mas linguagens concatenadas e com pontos de intersecção, de modo que se alimentam e ganham sentido entre si, recomendada a interferência que respeite a autonomia de cada sistema.

A palavra sistema possibilita, decerto, muitos significados. Mas o sistema de que se trata neste capítulo é o sistema jurídico constitucional de direitos, nos quais se incluem os direitos individuais, coletivos e sociais e fundamentais.¹⁷⁶

Nota-se uma grande preocupação na pesquisa do direito em se sistematizar os direitos, de modo a incluí-los em plena ordenação de ideias e assim facilitar a sua compreensão e aplicação nas situações reais e concretas. Nas palavras de Luhmann, a sistematização propicia a “redução da complexidade”, na medida em que restringe os códigos válidos e aceitáveis dentro de um sistema, para torná-los compreensíveis, assimiláveis e aplicáveis de modo coerente no contexto social¹⁷⁷.

¹⁷⁵ E então surge o óbice corriqueiramente levantado, qual seja o da falta de legitimidade dos juízes, uma vez que não são eleitos e assim não representam a vontade do povo. Assim, o que se observa, da análise do Congresso e da Presidência, não são organismos democráticos e majoritários, que verdadeiramente representam a vontade popular e são perante ela responsáveis, “mas ante a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...], e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.” (*Ibidem*, p. 41-42).

¹⁷⁶ Leonel Severo da Rocha afirma que “na perspectiva sistêmica estamos vivenciando uma hipercomplexidade, já que os processos de autopoiesis dos sistemas sociais dinamizam-se intensamente para fazer frente a este desorganização do poder e do direito”. Além disso, “as organizações têm a função de tomar decisões a partir de cada sistema, por exemplo, o Poder Judiciário é a organização encarregada de decidir desde o sistema do direito.” Prefácio em SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 17.

¹⁷⁷ Com efeito, Niklas Luhmann propõe uma visão sistêmica do mundo social, identificando uma organicidade nas relações humanas de um modo geral. Luhmann incorpora proposições da filosofia de Talcot

Também decorre a conclusão de que a interdisciplinaridade é cada vez mais requisito essencial ao exame do Judiciário, que deve atentar para o diálogo com outras esferas do conhecimento. Respeitar, por exemplo, a autoridade de dados técnicos que informam a pertinência ou não de determinado medicamento evita medidas desastrosas no campo da saúde pública. Ou, em outras palavras, aqui se evidencia a necessária intercomunicação do direito com outras fontes do saber para que haja uma confluência de realidade no meio apreciado pelo saber jurídico.

A noção de sistema envolve, portanto, uma organização mental para simplificar o processo de compreensão dos fenômenos humanos. Na expressão de Luhmann, significa uma redução de complexidade, em prol do entendimento e comunicação.

A própria noção de Constituição é *a priori* lógica, porque corresponde à necessidade humana de sistema e de ordenação do Estado. Como explica Canaris, mesmo que se pense numa sociedade primitiva, cujas estruturas normativas são simples, o Direito depende de uma aprendizagem, que pode até se desenvolver de modo empírico, mas que termina por redundar num sistema.¹⁷⁸ E esse sistema implica, por sua própria lógica interna, a presença consciente ou não de uma lei maior, de norma que prepondera sobre as demais, alcançando destarte posição de supremacia. Sistema aqui há de se entender como conjuntos de objetos e seus atributos, além das relações entre eles e seguindo determinadas regras.¹⁷⁹

A autonomia do sistema pode significar muitas coisas. Mas não a completa independência de outras fontes do conhecimento ou mesmo da realidade da vida.

A ideia de Constituição como algo superior e que ordena o sistema com regras veio a ganhar maior consciência estruturada, com a evolução do constitucionalismo. Elucidativo é o ensinamento de Chaïm Perelman, que explica que, antes do estado de sociedade, a ideia de justiça não fazia qualquer sentido, já que, no estado de natureza, cada um era livre para fazer o que bem quisesse, desde que capaz de impor sua vontade pelo uso da força. Somente pela criação do Estado é que nasce o direito, e a justiça aí se define como conformidade à vontade do Soberano.¹⁸⁰

Assim, conclui-se que, num primeiro momento, a ideia de Constituição se identifica com a

Parsons para estabelecer a idéia de autopoiese, de sistemas autonomias idealizados e vividos pela humanidade, tais como a economia, a sociedade, a política e o direito.

¹⁷⁸ CORDEIRO, A. Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. LXVII.

¹⁷⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 140.

¹⁸⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 20.

noção de lei maior que organiza o próprio sistema. Constituição como o que “constitui”. Algo só existe porque foi constituído. Com o passar do tempo, o sistema se sofisticava, por assim dizer, e passa a ser dotado de maior complexidade. Criada a ideia de Constituição como corpo de leis, destinado, num primeiro momento, tão-só à limitação do poder do soberano, progride lentamente para regular a organicidade estatal, distribuir competências e finalmente assegurar direitos individuais e sociais.

O constitucionalismo apresenta-se como conquista da modernidade, tempo em que já se observa uma ideia mais elaborada da hierarquia das leis e do papel da Constituição no ápice da pirâmide de normas que compõem o ordenamento jurídico. Nesse contexto, a Constituição realiza o “acoplamento estrutural” entre política e direito.

O código judicial canaliza e exerce meios de filtragem de valores postos em debate para que eles ingressem de modo correto no sistema jurídico, evitando-se mistificações ou preconceitos de toda a ordem para que a questão principal e de fundo, qual seja o direito à vida, se proteja de fato. A Constituição, de sua parte, exerce essa filtragem em relação a si mesma e aos demais ramos do Direito.¹⁸¹

O sistema jurídico possui aberturas na sua concepção para que possa se comunicar com outros campos do conhecimento e ganhar assim ressonância e efetividade na sua aplicação, o que não significa que se aceitem acriticamente informações encaminhadas pelos mais diversos setores e grupos de interesse. Registre-se, por exemplo, que o fato de existir uma influência da indústria farmacêutica no fornecimento de medicamentos é tanto deletério à medida que o meio jurídico se submeta a essa força pragmática de pressão e não faça a devida contextualização.

Nesse setor, cumpre à Administração Pública dispor de instrumentos de pesquisa independentes e acompanhamento da evolução dos medicamentos indicados para os tratamentos de saúde, de modo a fornecer pareceres e estudos técnicos atualizados para acompanhar e subsidiar o debate jurídico de elementos mais próximos de que se pode considerar como ideal.

Saliente-se que a Administração pública há de ter todo o interesse em promover o contraponto dessa pretensão de fornecimento de medicamentos, já que, em última análise, esse fornecimento importará em intervenção do Judiciário na sua política de assistência

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, v.3, n. 11, jul./set. 2001. p. 43.

farmacêutica revendo seus protocolos de atendimento e dispensação.

É necessário, portanto, canalizar a força dos argumentos empreendidos para o código jurídico, de modo a que as ideias apresentadas contra e a favor do fornecimento de medicamentos pelo Estado não se percam num emaranhado de posições e credos argumentativos, sem qualquer respaldo técnico, e fiquem sem uma satisfatória apreciação.

Chama-se de satisfatória apreciação aqui a mais ampla obtenção de dados e informes que possam ser abertamente debatidos no direito.

Canaris fala da importância de abertura do sistema jurídico como algo que não contradiz o seu caráter sistêmico. De fato, salienta o autor que “a abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. De facto, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para por em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração.”¹⁸²

Por outro lado, é possível obter dados objetivos quanto à razoabilidade da dispensação ou não do fármaco requerido, conforme sua necessidade, adequação ao caso em questão.¹⁸³ Caso o medicamento não conste em lista de dispensação, ou é porque houve omissão da Administração Pública na análise da referida inclusão do medicamento, ou porque se trata de silêncio eloquente, ou seja, o Estado excluiu intencionalmente o fármaco de sua lista, cumprindo avaliarem-se as razões dessa escusa¹⁸⁴.

E se os direitos requerem a máxima efetividade, tal não significa irresponsabilidade. Não representa, por exemplo, o fornecimento de todo e qualquer remédio, tratamento de saúde que é demandado judicialmente sob toda e qualquer circunstância.

A efetividade dos direitos pode encontrar, ainda, obstáculos na fórmula da “reserva do

¹⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 107.

¹⁸³ “Um indicador do uso racional de medicamentos num país é definido pela existência e atualização periódica das mencionadas listas ou formulários de medicamentos essenciais. Essa conquista, porém, carece de valor em si e apresenta de forma inegável a necessidade de promover consciência e visibilidade das suas vantagens para conseguir uma participação e instrumentação efetiva. O exercício e manejo de critérios subjacentes após a elaboração de um formulário e a difusão dos conceitos que o sustentam devem manter-se atualizados, assim como o formulário em si, diante dos membros da equipe de saúde. A estratégia de seleção de medicamentos com base em evidências representa uma tarefa que, embora considere a oferta, não parte desta, e sim das necessidades decorrentes das patologias prioritárias. Isso se opõe à crença promovida pelo mercado, não só entre profissionais, mas na sociedade, de que o ‘novo’ e ‘caro’ é melhor.” (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *O acesso aos medicamentos de alto custo nas Américas: contexto, desafios e perspectivas*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Ministério da Saúde; Ministério das Relações Exteriores, 2009. p. 21).

¹⁸⁴ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 41-49, jun. 2010. p. 423.

possível” (vorbehalt des Möglichen), a qual, embora criticável, põe em pauta questionamentos de ordem financeira.

A sistematicidade dos direitos permite, enfim, a redução da complexidade no seu campo de análise de modo a permitir a plena atividade compreensiva do intérprete. Essa redução não significa, no entanto, eliminação das possibilidades interpretativas. O direito permite trabalhar, ao revés, com alguma complexidade, o quanto indispensável para bem examinar aspectos importantes da realidade.

5.3 JUDICIALIZAÇÃO

Judicializar significa “tornar judicial”, levar a juízo controvérsia, concedendo-se ao Estado o poder de solucionar o conflito, desiderato inalcançado pelas partes envolvidas. No sentido proposto no presente trabalho e que vem sendo adotado pela doutrina, a expressão judicialização representa a corrida ao Judiciário para a solução de demandas de modo atípico ou excessivo, fora do que se concebe como uma atividade ordinária de solução de conflitos.

Judicializar nesse sentido não se confunde com o denominado ativismo judicial, embora dele se aproxime conceitualmente. No caso em estudo, vale dizer, o acesso a medicamentos por interferência do Judiciário, a judicialização tem repercutido em ativismo judicial, e vice-versa. Um exame mais detido do ativismo será feito mais adiante. Por ora, cumpre apreciar a judicialização na realidade brasileira.

Nesse sentido, concebe-se o fenômeno da judicialização brasileira em boa parte atribuída à abertura democrática vivida no país desde o fim do regime de exceção que perdurou entre 1964 e 1985, cujo desfecho permitiu nova formatação do direito constitucional brasileiro. A Constituição de 1988, com seu extenso rol de direitos fundamentais e sociais, ofereceu garantias e salvaguardas aos indivíduos, além de uma nova contextualização do cidadão perante o Estado. Como exemplo categórico desse novo patamar de relação, pode-se citar a previsão de responsabilidade objetiva encartada no artigo 37, parágrafo 6º., da nova carta constitucional. Tal responsabilidade, fundada no risco administrativo, tutela o indivíduo perante o Estado, para que possa obter reparação financeira em face de danos porventura sofridos em virtude da atuação do Poder Público, prescindido o exame de culpa do labor ou omissão do Estado em sua conduta.

Além disso, a própria dinâmica da vida moderna e aumento da complexidade das demandas

sociais fazem surgir novas controvérsias, mais variadas, específicas e não menos difíceis de solução caso a caso.

Ainda que não se observe no fenômeno judicialização necessariamente a expressão do ativismo, que como já dito será vista mais adiante, o fato é que a busca maior pela solução do judiciário decorre de que este se propõe a resolver mais problemas antes pacificamente fora de sua competência. Em outras palavras, a diminuição da chamada auto-contenção leva à judicialização, que por sua vez redundará em mais ativismo.

5.4 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA DEMANDA POR MEDICAMENTOS

Inicialmente, cabe um registro. Nomeia-se fenômeno da judicialização da demanda por medicamentos por opção teórica, não porque se reconheça de antemão que se trata de um fato inanimado e inconsciente da sociedade. A expressão fenômeno de que aqui se serve tem sua acepção mais simples e direta, para consistir tão somente como aquilo que se vê na realidade, “aquilo que aparece”¹⁸⁵.

É inegável o aumento de demandas judiciais no Brasil com o propósito de obrigar o Estado ao fornecimento de medicamentos. E isso vem se constatando exponencialmente sendo diversos estudos na área do direito sanitário.

A judicialização da demanda por medicamentos é fato notório não só no Brasil, como em outros países, especialmente no contexto latino-americano¹⁸⁶. Há alguns anos tem crescido

¹⁸⁵ FERRATER, Mora. J. *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. p. 1015: “O termo fenômeno provém do grego *φαινόμενον* (plural: *φαινόμενα*). Seu significado é o que aparece; fenômeno equivale, portanto, à aparência.”

¹⁸⁶ O estudo apresentado pela Organização Pan-americana de Saúde relata a judicialização como um fenômeno que ocorre não só no Brasil, como em outros países latino-americanos: “Um fenômeno recente relacionado ao acesso a medicamentos de alto custo é sua relação com o sistema legal a partir do que se conhece como judicialização do acesso. O recurso ao sistema judiciário como mecanismo para tornar efetivo o acesso a medicamentos e tratamentos que os indivíduos não obtiveram do sistema público de saúde por vias habituais é um fenômeno crescente e merece especial atenção. Por um lado, permite ao cidadão fazer valer seus direitos legais à saúde como parte de seus direitos humanos fundamentais. Por outro, sua utilização sistemática pode derivar em disfunções que tornam duvidosos os objetivos de uso racional e eficiente de recursos sanitários limitados. Além disso, também pode resultar em um conjunto de decisões, juridicamente vinculantes, mas ineficientes em termos de gasto público. Trata-se de um problema nacional, centralizado na interpretação constitucional do direito à saúde e do acesso aos medicamentos, interpretação realizada independentemente da evidência científica e de critérios de custo-efetividade, e que podem colocar, em algumas situações, em risco a sustentabilidade do sistema. Resulta, portanto, que é importante diferenciar aqueles casos em que é exigido que o Estado torne efetivo o acesso a medicamentos essenciais para salvaguardar a vida e dignidade humanas daqueles outros onde é solicitado a um tribunal de justiça que obrigue o Estado a proporcionar medicamentos específicos para respectivas doenças, habitualmente de alto custo e sob proteção de patente. Nesse segundo grupo de casos é

consideravelmente o número de processos com esse objetivo, levando também a ser fonte de pesquisas de muitos estudos acadêmicos na atualidade.

O aumento da demanda e conseqüente dispensação de medicamentos por intermédio de decisões judiciais tem levado inquietação a muitos setores ligados à saúde pública¹⁸⁷.

5.5 ATIVISMO JUDICIAL

A palavra ativismo indica um agir¹⁸⁸. A expressão “ativismo judicial”, por seu turno, aparentemente tem origem na doutrina norte-americana¹⁸⁹.

Luis Roberto Barroso explica que a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais incisiva do Judiciário “na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.¹⁹⁰

detectada a participação de atores exógenos que relacionam as demandas legítimas de pacientes e familiares com agendas de tipo comercial.” (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *O acesso aos medicamentos de alto custo nas Américas: contexto, desafios e perspectivas*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Ministério da Saúde; Ministério das Relações Exteriores, 2009. p. 24).

¹⁸⁷ Há de fato diversos estudos na área de saúde pública e que em geral criticam o uso cada vez mais freqüente do Judiciário como meio de se obter medicamentos. Em estudo que observou o total de demandas entre 2003 e 2006 no município de Florianópolis-SC concluiu-se que “O valor total empregado pela Prefeitura Municipal foi de R\$ 374.659,21 (valor não corrigido). Do ano de 2003 para o ano de 2004, na SMS, houve um aumento de 9 vezes no valor empregado com esta forma de fornecimento de medicamentos, mantendo a tendência de crescimento nos anos seguintes. No caso observado, uma única usuária recebeu medicamentos entre 2004 e 2006 no valor aproximado de R\$ 35.000,00. O valor empregado apenas com atendimento de demandas do poder judiciário em 2006, adquiridos pela SMS por compra direta, foi de R\$ 95.211,75.” (LEITE, Silvana Nair et al. *Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC*. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792009000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 nov. 2010..

¹⁸⁸ Como consta no Dicionário Filosófico, na obra de Goethe (Fausto) consta a expressão: “no princípio foi a ação (*Im Anfang war die Tat*), em substituição ao “No princípio foi o Verbo”, que consta no começo do Evangelho de São João.

¹⁸⁹ Em *Measuring Judicial Activism*, Stephanie Lindquist e Frank B. Cross (New York: Oxford University Press, 2009, p. 1-2) escrevem o seguinte: “A origem do termo ‘ativismo judicial’ pode ser atribuída a Arthur Schlesinger. Em artigo de 1947 para a Revista Fortune, ele traçou o perfil de juizes da Suprema Corte, dividindo-os entre ‘ativistas’ (juizes Black, Murphy, Douglas e Rutledge) e campeões da ‘contenção judicial’ (Frankfurter, Jackson e Burton). Segundo Schlesinger, juizes ativistas eram aqueles mais propensos a empregar o poder judicial ‘em prol de sua própria concepção de bem social’, ao passo que juizes mais restritivos focavam mais a ‘ampliação do leque de julgamento admissível para as legislaturas’. Coerente a essa perspectiva, ativismo judicial se tornou sinônimo de processo de decisão judicial que inapropriadamente extrapola o campo de prerrogativas do poder eleito.” Os autores ressaltam, porém que o uso do termo ativismo judicial é relativamente recente, mas que o ativismo em si foi detectado bem antes e criticado inclusive pela doutrina contemporânea por exemplo ao *justice* Hamilton, mas sem, é claro, se fazer uso do termo em questão.

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. Janeiro e fevereiro de 2009 – número 4. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em: 11 nov. 2011. Segundo o referido autor, essa postura pode se manifestar de diversas formas: “(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de

Aqui não se trata porém de um juiz Hercules, motivado a aplicar o arcabouço normativo existente e extirpar a controvérsia no caso concreto. Mas de um juiz que deixe de lado paradigmas decisórios já estabelecidos e inove no campo da interferência entre os poderes. De fato, não se pode seriamente denominar de ativismo a decisão de um juiz que determine uma interferência entre poderes que já seja de comum ocorrência e plenamente assimilada pelo governo.

O ativismo representa assim uma postura de ir além, de modificar, de desestruturar de certa forma uma organicidade já previsível.

No exame da interferência do Poder Judiciário sobre as escolhas administrativas e até suas possibilidades financeiras, cabe, inclusive, um exame lógico-normativo da estrutura constitucional da separação de poderes – em verdade, harmonia entre poderes – e, nesse enfoque, do papel do Judiciário de exigir do Estado o cumprimento de seus deveres prestacionais, bem assim suprir suas omissões inconstitucionais.

Mais uma vez, importante examinar esse fenômeno, indagando-se o papel do Direito em definir a maior ou menor influência do Poder Judiciário nas estruturas do Poder Constituído. Como visto a hermenêutica kelseniana pouco tem a oferecer, em termos de análise da aplicação efetiva do direito e inclusive da construção da norma jurídica aplicável ao caso concreto, já que julga esse momento decisório como de conteúdo político, fora do seu objeto epistemológico.

Karl Larenz elabora uma intrincada tese sobre a construção da norma jurídica pertinente à situação fática, que passa por critérios de interpretação do sentido literal da norma, de sua relação contextual, critérios teleológico-objetivos, intenção reguladora do legislador e interpretação conforme à Constituição; constroem-se as proposições juridicamente aplicadas ao caso concreto. Além disso, prevê-se a interpretação para os casos de omissão ou impossibilidade de qualquer contato com o sentido literal, situações em que se recorre ao que denomina de desenvolvimento judicial do direito, imanente ou superador da lei.

Larenz afirma que o limite do desenvolvimento do Direito superador da lei levado a cabo pelos tribunais situa-se “onde já não é possível uma resposta no quadro do conjunto da ordem

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” Barroso faz ainda uma importante distinção entre ativismo e judicialização. Judicialização se caracteriza pelo maior acionamento do Poder Judiciário para a resolução de conflitos sociais, ao passo que o ativismo caracteriza-se por uma postura de maior interferência por parte do Judiciário, numa dimensão qualitativa. (*Ibidem*).

jurídica vigente e, por isso, não é possível com considerações especificamente jurídicas”¹⁹¹. Abre campo aqui para a necessária multidisciplinaridade¹⁹² na atividade interpretativa, embora restrinja esse poder de ampliação dos espaços interpretativos, próprio da “superação da lei” a algumas autoridades que gozem do monopólio da interpretação constitucional. Trata-se de concepção atenta e limitada, inclusive, à realidade constitucional alemã, fonte da observação teórica do autor.

Pode-se relacionar a prática de por o Tribunal limitar a sua própria autoridade, no chamado *self-restraint*, muito adotado em questões que discutem políticas públicas e decisões que podem ensejar, por conseguinte, maior “ativismo” do Judiciário. Larenz propõe a distinção entre atividade legislativa e administração da justiça, com o que pretende definir essa autolimitação realizada pela jurisprudência, para que não se caia numa “crise de confiança”¹⁹³.

Não se pretende aqui repetir as conclusões de Larenz sobre as hipóteses que autorizam o desenvolvimento judicial do direito superador da lei. Aliás, o propósito aqui é relacionar o papel da ciência jurídica, de um modo geral, na pesquisa valorativa, tendo o tema do ativismo judicial como uma ilustração dessa interferência, como objeto de estudo da dogmática jurídica.

Assim, em exame da interferência do Poder Judiciário sobre as escolhas administrativas, possibilidades financeiras, inclusive, cabe não só um exame lógico normativo da estrutura constitucional da separação de poderes, e das normas que dão suporte a eventuais incursões de uma estrutura orgânica em outra; das limitações legais à interpenetração de poderes, assim como deveres prestacionais do Estado, omissões inconstitucionais, entre outros enfoques.

Poder-se-ia avançar na própria pesquisa do próprio balizamento teórico da esfera pública e da esfera privada, dos deveres que se circunscrevem a cada setor, das interresponsabilidades sociais, dos deveres familiares, da dimensão ética que exige limitações aos impulsos do Estado prestador e assistencialista para uma comunidade que não tem uma divisão de papéis bem estruturada.

¹⁹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 607.

¹⁹² É o que também anota Daniel Sarmiento, ao defender a aplicação da técnica da ponderação de bens, valendo-se dos conhecimentos oriundos de outras ciências sociais, não perdendo o direito com isso sua tecnicidade. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. (SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: MELLO, Celso de Albuquerque et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 86.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 609.

Importar para o conteúdo valorativo da norma relaciona-se, de toda a sorte, com o objeto científico do direito. No sistema jurídico brasileiro, fala-se inclusive de uma previsão constitucional que se constitui em uma “pauta para a alteração das estruturas sociais, uma vez que a Constituição do Brasil reconhece as desigualdades, colocando à disposição no pacto social”¹⁹⁴. Em outras palavras, “trata-se de uma cláusula transformadora permanente, isto é, a Constituição do Brasil vai incorporar os conflitos que antes eram ignorados pelos juristas.”¹⁹⁵

O ativismo judicial, na realidade brasileira, decorre possivelmente de uma ordenação constitucional expressa. A ciência jurídica, cujos propósitos vão além de um simples delineamento das soluções encontráveis, cumpre perquirir os limites do desenvolvimento judicial do direito, não se limitando a identificar toda e qualquer proposição jurídica aplicável, mas identificando e reconhecendo os pontos de vista argumentativos, as valorações que se fazem presentes em toda e qualquer construção jurídica.

Poder-se-ia avançar na própria pesquisa do próprio balizamento teórico da esfera pública e da esfera privada, dos deveres que se circunscrevem a cada setor, das interresponsabilidades sociais, dos deveres familiares, da dimensão ética que exige limitações aos impulsos do Estado prestador e assistencialista para uma comunidade que não tem uma divisão de papéis bem estruturada.

Isso, como se sabe, tem explicação na grande desconfiança que a tradição francesa tem dos juízes, que naquele país compunham a nobreza, sendo portanto considerados forças do antigo regime.

Já nos Estados Unidos e Inglaterra, a cultura jurídica que se formou não engendrou essa concepção tão limitativa dos poderes judiciais. Daí porque se fala em controle judicial da política inicialmente nesses países. O célebre caso *Marbury versus Madison*, que configura o primeiro caso de controle constitucional de um juiz, explicita essa cultura de expansão dos poderes do magistrado.

Alexis de Tocqueville anota que, nos Estados Unidos, o puritanismo influenciou muito o modo como as instituições daquele país se estabeleceriam. Fala por exemplo do modo como os magistrados eram nomeados, “os imigrantes podiam nomear magistrados”¹⁹⁶. Além disso, o sistema de poder é repartido de modo a dividir a autoridade, sem contudo destruí-la. Assim

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 34.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 34.

¹⁹⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. *De La démocratie em Amérique*. 16. ed. Paris: Michel Lévi Frères, 1874. p. 03.

é que “O supremo magistrado está situado ao lado da legislatura como um moderador e um conselheiro. É um magistrado eleito, cuidando-se de só o eleger para um ou dois anos, de tal forma que fica sempre dentro de uma estreita dependência da maioria que o criou.”¹⁹⁷

Tocqueville também ainda que os americanos retiveram as três características distintas do poder judicial, quais sejam a de se pronunciar somente quando há um litígio, jamais se ocupar senão dos casos particulares e agir sempre que provocado. E se o juiz americano nisso se assemelha aos magistrados em geral das demais nações, está, todavia, dotado de imenso poder político. Com efeito, segundo anota o referido autor, a sociedade americana reconhece a seus juízes o poder de fundar suas decisões na Constituição, ante que nas leis.¹⁹⁸

A essa característica atribui o fato de que na América a Constituição não é vista como imutável, mas que pode ser reformada pela vontade do povo, além do que as teorias políticas são mais simples e racionais do que aquelas circundantes na Europa, isso ao menos na conjuntura política contemporânea ao autor (século XIX).

Tocqueville destaca ainda, no direito norte-americano, a grande força que se dá à instituição do júri e aos precedentes judiciais.¹⁹⁹

Hoje em dia se fala, contudo, de uma perda da soberania do parlamento, como uma tendência mundial²⁰⁰. Cresce, de outra parte, a inteferência judicial na política. Razões de seu crescimento podem ser apontadas. Em primeiro lugar, a própria omissão do Estado na realização de suas funções essenciais, presentes na Constituição, mas não cumpridas efetivamente. Tal omissão se nota de um modo geral no rol de direitos prestacionais contemplados na Carta Magna, a saber na previsão do direito à educação; direito à moradia; o direito à saúde, ante sua necessidade de ser implementado por políticas públicas que ofereçam atendimento pleno e universal, além da dispensação de medicamentos indispensáveis à promoção plena do direito à saúde, constituído que é, como já visto, de parcela de direitos igualmente fundamentais, como a vida e a dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. *De La démocratie em Amérique*. 16. ed. Paris: Michel Lévi Frères, 1874. p. 34.

¹⁹⁸ “*Les Américains ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois. En d'autres termes, ils leur ont permis de ne point appliquer les lois qui leur paraîtraient inconstitutionnelles.*” *Ibidem*, p. 91.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 53.

²⁰⁰ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge: University Press, 2003. p. 58. “A presença da democracia, o sistema de separação de poderes, uma política de direitos, um sistema de interesses coletivos e oposição política dotada de meios judiciais para atingir seus interesses, partidos fracos ou frágeis coalizões políticas em instituições majoritárias levando a impasses, apoio público inadequado, ao menos relativo ao judicial, e delegação às cortes a autoridade de tomar decisões em certas áreas políticas, tudo isso contribui para a judicialização da política.” (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: NY University Press, 1997. p. 33).

Em segundo plano, outro dado pode ser apontado como razão para a crescente interferência do poder judiciário, notadamente levantado pelos críticos da excessiva judicialização e ativismo. Trata-se da falta de controle dos outros poderes sobre o Judiciário, que no contexto brasileiro atual, grassa em decorrência de uma perda de legitimidade do Parlamento. Outro ponto que pode ser ainda levantado como justificativa para o crescente intervencionismo judicial passa pela própria identificação cultural com o paternalismo estatal, sendo esse ponto próprio para pesquisas sociológicas, e de todo o modo suscetível a críticas, por revestir-se de preconceitos e avaliações descontextualizadas de dados concretos e fáticos da população brasileira.

O ativismo se caracteriza, enfim, por ações do Judiciário em situações que não lhe são tipicamente solicitadas. É impreciso, no entanto, falar que o ativismo representa uma interferência em outro poder do Estado, porque o Judiciário em muitos casos em sua atividade já propicia essa interferência.

Ativismo significa basicamente o Judiciário chamar para si a responsabilidade de implementar direitos e pela solução de grandes conflitos da sociedade²⁰¹.

Boaventura Souza Santos chama a atenção para a importância dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados. Ressalta a necessidade de que tais sistemas ofereçam aos juízes os conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos necessários para o esclarecimento de suas opções pessoais. Além disso, os referidos sistemas de formação favorecem o significado político do corpo profissional a que pertencem, “com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.”²⁰²

A realidade brasileira oferece contornos, no entanto, bem peculiares. A judicialização tem muitas vezes a marca da liberação da Administração Pública para práticas que, na via exclusivamente administrativa, seriam inviáveis. De fato, o Estado subordina-se a diversos contingenciamentos financeiros, e a responsabilidade fiscal por práticas responsáveis, que não

²⁰¹ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: UNESP, 2004. p. 108. Pesquisa do IDESP realizada no ano 2000 revelou que 73,1% dos juízes brasileiros consideram que tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos, ao passo que 19,7% afirmaram que os contratos devem ser respeitados, independentemente de suas repercussões sociais. Pesquisa, no entanto, um tanto tendenciosa, na medida em que contrapõe valores em abstrato. (FREITAS, Graça Maria Borges de. *A reforma do judiciário, o discurso econômico e os desafios*. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_72/Graca_Freitas.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010).

²⁰² SANTOS, Boaventura Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999. p. 157.

raro uma intervenção mais efetiva em prol dos direitos fundamentais, como a implementação de acesso a medicamentos, pode ser tida, no âmbito interno, como prática inaceitável sujeitando os seus responsáveis às conseqüências administrativas e penais.

No entanto, é sabido que essa postura que caracteriza a Administração Pública e a função executiva de um modo geral indica, nesses casos, uma delegação de poder, que reforça a legitimação do judiciário, em detrimento de campos de autonomia do próprio executivo. Como ressalta Campilongo, o sistema político, inseguro em relação às decisões que deveria tomar, delega ao Judiciário a capacidade decisória, terminando-o por fazê-lo “salvador do Estado Social” ou o substituto do administrador inseguro ou relapso²⁰³.

²⁰³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 95.

6 A DIMENSÃO ECONÔMICA DO ACESSO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS POR INTERMÉDIO DO PODER JUDICIÁRIO

6.1 IMPORTÂNCIA DA QUESTÃO

Muitos julgados têm levado em consideração, na discussão sobre o acesso a medicamentos, o aspecto econômico da questão. O uso de argumentos sobre a escassez dos recursos públicos tem sido frequente na jurisprudência.

As decisões que se encontram na jurisprudência pátria, de um modo geral, têm se preocupado com os impactos econômicos para o Estado, ainda que, ao final, rejeitem os argumentos restritivos do direito à saúde e optem pela máxima efetividade. De fato, grande parte das decisões sobre acesso a medicamentos têm tido como fundamento decisório a forte inclinação da Constituição brasileira de 1988 em prol da efetividade²⁰⁴.

É certo, no entanto, que a análise econômica da questão pode implicar alguma restrição ao direito à saúde. Um dos pontos principais pelos quais se têm enfrentado os efeitos econômicos das decisões judiciais é o debate sobre os custos dos direitos.

6.2 DEBATE SOBRE O CUSTO DOS DIREITOS

Inicialmente, sobre o ponto específico do custo dos direitos, conveniente se faz expor a lição de Sunstein e Holmes, que se debruçaram sobre o tema em seu trabalho intitulado *The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes*, que influenciou grande parte da doutrina brasileira,

²⁰⁴ Tome-se por exemplo o caso jurisprudencial, em que a paciente necessitava de um tipo de insulina, mais dispendioso para o Estado, mas que não constava de lista de dispensação. Observou-se que a paciente não se adaptara aos demais tipos de insulina fornecidos: “FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. INSULINA GLARGINA (LANTUS) PARA TRATAMENTO DE DIABETES DO TIPO 2. VIA ELEITA ADEQUADA. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MEDICAÇÃO PRESCRITA POR PROFISSIONAL HABILITADO E DEVIDAMENTE CAPACITADO Sendo a medicação prescrita por profissional habilitado e devidamente capacitado, que acompanha o tratamento e as reais necessidades da paciente, não há que se falar em dilação probatória para que seja demonstrada a eficácia do tratamento. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. DEVER DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. EXEGESE DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL É dever do Estado em todos os seus níveis de Administração velar pelo atendimento ao direito à saúde daqueles que, sem condições financeiras, necessitam do fornecimento de medicamentos que permitam assegurar o direito fundamental à sobrevida digna. SEGURANÇA CONCEDIDA.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado da Paraná. 4ª C. Cível em Com. Int. - MS 0654350-8 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Rel.: Des. Abraham Lincoln Calixto - Unânime - J. 27.07.2010. Disponível em: <www.tj.pr.jus.br>. Acesso em: 27 dez. 2010).

inclusive no t3pico da promo33o dos direitos prestacionais²⁰⁵.

Sunstein e Holmes ponderam que perguntar qual o custo dos direitos, acima de qualquer coisa, n3o significa perguntar o que eles valem. Se se pudesse estabelecer o quanto o 3ltimo centavo custasse para garantir o direito ao igualit3rio acesso 3 justia num dado ano or3ament3rio, ainda assim n3o se saberia quanto a na33o deveria gastar. Essa 3 uma quest3o para avalia33o pol3tica e moral, e n3o pode ser simplesmente discutida em termos cont3beis isoladamente.

Malgrado o questionamento rotineiro de como os ju3zes, adstritos que est3o 3 an3lise de um caso concreto, t3m eles o poder de decidir que o dinheiro dos contribuintes possa, por exemplo, ser gasto em repara33es de dano do que em livros escolares, pol3cia ou programa nutricional infantil. A essa indaga33o, os citados autores respondem que as cortes norte-americanas t3m rotineiramente levado em conta as expensas or3ament3rias ao decidir.²⁰⁶ Salientam que o custo elevado da prote33o aos direitos esconde uma ilus3o poderosa sobre a rela33o entre direito e pol3tica. A simples intui33o de que direitos t3m custos j3 sugere a necessidade de interven33o estatal.

A aten33o aos gastos p3blicos, na prote33o a direitos individuais, prosseguem Sustain e Holmes, pode lan3ar novas luzes sobre velhas quest3es como o Estado social-regulat3rio e a rela33o dos governos modernos para com os direitos liberais cl3ssicos. Decis3es administrativas n3o devem ser tomadas a partir de uma imagin3ria hostilidade entre liberdade e fisco, como se esses dois estivessem genuinamente em disputa. Caso isso ocorresse, todos os direitos b3sicos seriam candidatos 3 aboli33o.²⁰⁷

Em an3lise da sociedade norte-americana, Sunstein e Holmes observam ainda que os mais bem sucedidos programas sociais s3o organizados de forma a n3o se apresentarem como barganhas entre classes, mas como parte de um contrato entre membros da classe m3dia.²⁰⁸

E especificamente sobre a prote33o de direitos fundamentais, escrevem:

Os direitos fundamentais, como resultado da positiva33o de valores basilares de uma sociedade instituída, est3 imbricada com a ideia de democracia, na medida da forma33o de instrumentos democr3ticos de autodetermina33o, mediante o reconhecimento de direitos de igualdade, liberdade, exerc3cio de direitos pol3ticos e

²⁰⁵ GALDINO, Fl3vio. *Introdu33o 3 teoria dos custos dos direitos (direitos n3o nascem em 3rvores)*. Rio: L3men Juris, 2005. p. 214; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha. Crit3rios jur3dicos para lidar com a escassez de recursos e as decis3es tr3gicas*. Rio de Janeiro: Lumen j3ris, 2010, p. 38.

²⁰⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p. 26.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 31 e 524.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 210.

sociais.[...]

Em matéria histórica, muitos direitos básicos dos americanos de hoje cresceram a partir de barganhas sociais. Foi o que ocorreu com a liberdade religiosa, a propriedade privada e garantias dos direitos sociais. Algumas constituições européias garante a todos os cidadãos um direito a educação pública até uma certa idade. Na prática, os americanos têm sistema similar, mas que não é garantido pelo governo federal sob uma Constituição nacional, mas pelos estados.[...] ²⁰⁹

Como anota Flávio Galdino, é importante ter consciência de que os direitos custam e isso implica *ipso facto* a conscientização de que as pessoas somente possuem direitos na medida em que um Estado responsabilmente recolha recursos junto aos cidadãos igualmente responsáveis para custeá-los. No entanto, é importante destacar que o Estado brasileiro chama para si próprio a responsabilidade de realizar de modo integral a saúde, e tanto é que sob esse fundamento encerra uma política de densa tributação sobre as diversas esferas produtivas da sociedade.

Muito se critica a visualização do Estado como responsável pela solução e cura de todos os males, panaceia de toda a miséria humana e dos conflitos sociais, algo que uma leitura desavisada da Constituição pode oferecer, numa simbologia de efetividade utópica e ilusória. O fato, no entanto, é que o Estado se investe do papel garantidor de direitos, no contexto da sociedade moderna organizada, e por isso mesmo é passível de ser demandado judicialmente, para que propicie de modo pleno e concreto possíveis soluções para situações de exposição a risco individual e coletivo. Tais prestações fundamentais encerram inclusive, em medida extrema a concessão pelo Estado-judicial de medidas que determinem o fornecimento de medicamentos de alto custo²¹⁰ e tratamentos de saúde, de um modo geral.

Galdino defende a posição de que, ao se pleitearem excessivamente ao Estado direitos prestacionais sem a necessária contemporização, esquece-se que esse mesmo Estado, em verdade, não é um ente abstrato despersonalizado, mas são todos. No seu entender, os

²⁰⁹ Merecem destaque outros pontos da referida obra dos autores: “Educação pública é simplesmente um método entre outros pelos quais o país faz investimentos de longo prazo em recursos humanos. Neste sentido, investimento em educação pode ser comparado ao investimento efetuado na garantia da propriedade privada e na proteção dos proprietários, por exemplo, de incêndios criminosos ou furtos. [...] Como pode a comunidade ajudar o pobre sem fazê-lo confiar na comunidade ou desencorajando sua própria capacidade de melhoria pessoal. A mais comum e persuasiva crítica do estado social regulatório diz respeito a comportamentos anti-sociais e outros efeitos colaterais indesejáveis. Mas dependência não deve ser considerada como um deles. Há diferentes tipos de dependência, nem todos são ruins. Apesar de a polícia e o corpo de bombeiros tornarem os cidadãos dependentes da assistência pública, esse apoio paternalístico também incrementa a vontade de indivíduos de ornamentar suas corporações. A educação pública, quando funciona bem, tem o mesmo efeito. É uma forma de uma ajuda estatal designada a fomentar o autocrescimento. A questão não é como eliminar a intervenção estatal, mas como designar programas sociais para permitir a autonomia e a iniciativa.” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p. 211-214, tradução nossa).

²¹⁰ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos (direitos não nascem em árvores)*. Rio: Lúmen Juris, 2005. p. 214.

operadores do direito e, sobretudo, os juízes estão habituados a olhar para o passado, a avaliar fatos já ocorridos no ato de julgar, servindo-se de critérios puramente jurídicos, alheios ao que acontece no mundo real. Por isso, propõe o referido autor um raciocínio de eficiência, que é prospectivo, para o futuro, porquanto encarta a avaliação de diversas variáveis não propriamente jurídicas. “O traço fundamental da administração gerencial é a ênfase no controle de resultados, em vez de centrar-se no controle de procedimentos (que evidentemente não pode ser completamente desconsiderada)”, arremata. Galdino avalia que não se pode conceber uma eficiência no plano jurídico separada das condicionantes sociais, políticas, econômicas, “pois isso retiraria as melhores perspectivas da eficiência que laboram justamente no sentido de se constituir o canal de comunicação entre as análises econômicas e as jurídicas.”²¹¹

Galdino aponta, ainda, para a incorreção da tese atomista, que tanto considera os direitos fundamentais, a ponto de inculcar a própria irresponsabilidade para com os deveres sociais. Ao revés, os direitos, corretamente compreendidos, promovem a responsabilidade no respectivo exercício²¹². Assim, ao mesmo tempo em que se considere a promoção racional dos recursos públicos, necessário ter em contexto a dimensão de responsabilidade no uso dos recursos públicos, porquanto em última análise tal utilização representa uma distribuição de recursos, entre particulares por intermédio do Estado.

O debate sobre os custos dos direitos é um dos modos de se pensar a relação entre direito e economia, embutindo na noção de direito uma responsabilidade que decorre do esforço necessário à sua implementação. Esse esforço traduz-se em custo. E, sobretudo, no caso dos direitos prestacionais, quem arca principalmente com esse custo é o Estado.

6.2 A VISÃO ECONÔMICA DO DIREITO

A relação entre custo e efetividade, que tem norteado os esforços do Estado em relação à assistência farmacêutica, leva ao questionamento de como esses critérios de ordem econômica ingressam no campo da lógica jurídica, a ponto de motivar ou justificar as decisões judiciais.

Nota-se, em verdade, uma série de argumentos econômicos que, com frequência, são

²¹¹ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos (direitos não nascem em árvores)*. Rio: Lúmen Juris, 2005. p. 261.

²¹² *Ibidem*, p. 214.

utilizados para lastrear decisões judiciais, pontos de vista doutrinários e opiniões políticas. Afora muitas dúvidas sobre esses tipos de argumentos, destaca-se o perfil ideológico subjacente a cada uma dessas ponderações.

Essa ressalva inicial não impede, no entanto, que se lance um olhar curioso sobre a teoria econômica da interpretação do direito²¹³, ou análise econômica do direito²¹⁴, como se costuma designar, sobretudo porque no campo da assistência farmacêutica, tal segmento tem sido invocado²¹⁵.

A análise econômica do direito pode ser definida como a aplicação da teoria econômica na explicação do direito²¹⁶. Enquanto a economia é ciência que estuda as escolhas racionais num mundo em que os recursos são limitados em relação às necessidades humanas²¹⁷, a análise econômica do direito representa, por sua vez, um esforço interdisciplinar que se propõe identificar determinadas mudanças regulatórias e judiciais, valendo-se de metodologias de investigação que concentram sua atenção no impacto que o marco jurídico (entendido como sistema de prêmios e castigos) possui no comportamento individual, organizacional e

²¹³ Como explica Luís Reimer Rodrigues Rieffel “A Escola chamada Análise Econômica do Direito nasceu em Chicago nos Estados Unidos da América e possui suas raízes teóricas mais próximas e reconhecidas em trabalhos de acadêmicos como Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi e Richard Posner, publicados na década de 1960 e 1970, ainda que a conexão entre os campos do direito e da economia já tenha sido objeto de estudos durante quase duzentos anos. A título exemplificativo pode-se mencionar que filósofos como Jeremy Bentham, Adam Smith e Karl Marx, em diversos graus, debruçaram-se sobre as relações entre direito e economia.” (RIEFFEL, Luís Reimer Rodrigues. *Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito* de Richard Posner. p. 9. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/8053>>. Acesso em: 30 set. 2010.

²¹⁴ É o termo aparentemente mais difundido entre seus adeptos, como tradução da expressão *Law and Economics*.

²¹⁵ De fato, ao menos uma parte da teoria econômica do direito, ligada aos custos dos direitos. Cita-se com frequência a obra de Sunstein e Holmes em decisões judiciais que sopesam a questão do custo dos direitos. No voto da Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, decidiu-se: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados ‘(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)’ (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. STA 91. Relatora: Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE. Julgado em 26/02/2007, publicado em DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2010)

²¹⁶ POSNER, Richard. *Law and economics*. 6. ed. New York: Aspen, 2005. p. 3; BARBOSA, Fabiano Jantalia. (2007). *A Penhora on line de ativos financeiros: reflexões sobre o aprimoramento do Código de Processo Civil brasileiro à luz da análise econômica do Direito*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: < <http://escholarship.org/uc/item/0bm0t95v>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

²¹⁷ “*Economics is the science of rational choice in a world – our world – in which resources are limited in relation to human wants.*” (POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2002. p. 3).

coletivo.²¹⁸

Richard Posner, um dos principais teóricos da análise econômica do direito, explica que, na economia, o homem é um maximizador racional de seus interesses.²¹⁹

Num primeiro momento, Posner examina o direito sob um enfoque consequencialista, ou seja, avalia os custos da norma no mercado. Mas Posner vai além da simples análise dos efeitos da norma e pretende dar uma fundamentação econômica à própria teoria do direito²²⁰, com as ideias de eficiência e maximização.

A ideia defendida de que “as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações”²²¹ é aplicada aos mais diversos campos da vida humana, inclusive para as atividades no nível legislativo, por exemplo. Assim, uma lei é uma negociação entre diversas pessoas que buscam a maximização de suas riquezas em um sentido amplo. Como a lei não é um processo perfeito e acabado, faz-se necessário outro órgão encarregado de interpretar e aplicar as leis.

A existência de um Poder Judiciário envolve custos, não apenas de sua manutenção e funcionamento, mas também custos decorrentes da possibilidade de que sua “vontade” se contraponha à do Poder Legislativo. Nesse sentido, o Poder Judiciário independente termina por ser um custo a ser enfrentado, do ponto de vista do legislador.

Por isso é que Posner afirma que “a independência do judiciário transforma os juízes agentes imperfeitos do Poder Legislativo. Entende que essa circunstância é tolerável porque um Judiciário independente é necessário para a solução de litígios comuns de modo que estimule o comércio, as viagens, a liberdade de ação e outras atividades ou condições extremamente valorizadas e, ainda, reduza o desembolso de recursos para se influenciar a ação governamental. Em outras palavras, há mais vantagens do que desvantagens em se ter um Judiciário independente, mas, como tudo tem um custo, um deles é o de se ter uma interferência mais do que esperada naquilo que se concebia como política legislativa.

²¹⁸ “El análisis económico del derecho representa un esfuerzo interdisciplinario que se aboca a la identificación de aquellos cambios normativos (procesales y sustantivos), regulatorios y judiciales que, dentro de la tradición jurídica de cada país, tengan la capacidad de fomentar el desarrollo económico. Es por ello que el análisis económico del derecho utiliza metodologías de investigación que concentran su atención en el impacto que el marco jurídico (entendido como sistema de premios y castigos) posee en el comportamiento individual, organizacional y colectivo.” (BUSCAGLIA, Edgardo. Mecanismos de sostenibilidad de las reformas legales y judiciales en países en desarrollo: principios y lecciones aprendidas através de la experiencia internacional. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. Berkeley, v.1. n.1, 2006. p. 2).

²¹⁹ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2002. p. 3.

²²⁰ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29. Rio de Janeiro: Puc-Rio. jul/dez 2006. p. 58.

²²¹ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473.

Posner lança afirmações inusitadas e provocativas como “A decisão criminal de cometer ou não um crime não é diferente, em princípio, da decisão do promotor de processar ou não; uma negociação da pena (*plea bargain*) é um contrato; os crimes são, na verdade, ilícitos civis praticados por réus insolventes”²²². A isso argumenta que se todos os criminosos pudessem pagar por todos os custos sociais de seus crimes, o comportamento antissocial poderia ser perfeitamente dissuadido pelo instituto da responsabilidade civil extracontratual.

No pensamento de Posner, a maximização da riqueza humana deve ser²²³ tomada como princípio condutor da decisão judicial, devendo-se excluir das opções resultantes as aplicações mais questionáveis do ponto de vista ético. Aplica o princípio da eficiência de Pareto²²⁴, que, no seu entender, equivale a uma unanimidade. “Se toda pessoa afetada por uma transação ficar em melhores condições, como pode tal transação ser ruim do ponto de vista ético ou social?”²²⁵

Por certo, não apenas Posner foi responsável por relacionar a análise econômica ao direito. Mas destaca-se em seu pensamento que, em vez de pretender construir um raciocínio propriamente jurídico, sustenta o pensamento econômico e, sobretudo a eficiência, como um critério ético para as decisões judiciais²²⁶.

A ideia de eficiência que a análise econômica evoca ajusta-se ao direito de diversas maneiras, não sendo exagero mencionar que consiste em dado valorativo já enraizado na dogmática

²²² POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 485-486.

²²³ E é, segundo o próprio Posner, tomada como fio condutor importante pelo juiz do *common law*. (*Ibidem*, p. 522).

²²⁴ Os economistas usam o termo ótimo Pareto para avaliar medidas que trarão benefícios a pelo menos uma das pessoas envolvidas, sem importar em qualquer prejuízo para as demais. “Se existem duas ou mais coisas, cada indivíduo experimenta duas ou várias sensações diferentes, segundo a quantidade de coisas das quais dispõe; podemos, então, comparar essas sensações e determinar, entre as diferentes combinações possíveis, a que será escolhida por esse indivíduo. É uma questão que entra na primeira classe de teorias (§ 11). 18. Se todas as quantidades de bens, dos quais dispõe um indivíduo, aumentam (ou diminuem), veremos em breve que, à exceção de um caso do qual falaremos mais adiante (IV, 34), a nova posição será mais vantajosa (ou menos vantajosa) do que a antiga para o indivíduo considerado; de tal maneira que, nesse caso, não existe nenhum problema a resolver. Mas se, pelo contrário, certas quantidades aumentam enquanto outras diminuem, é o caso de pesquisar se a nova combinação é, ou não, vantajosa ao indivíduo. É a essa categoria que pertencem os problemas econômicos. Vemo-los nascer, na realidade, por ocasião do contrato de troca, no qual se dá uma coisa para receber outra, e por ocasião da produção, em que certas coisas se transformam em certas outras.” (PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural. 1996. p. 127). Posner, na verdade, emprega em seus estudos o conceito de Kaldor-Hicks, em relação à “superioridade de Pareto potencial”. (POSNER, Richard. *Law and economics*. 6. ed. New York: Aspen, 2005. p. 15).

²²⁵ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 522.

²²⁶ RIEFFEL, Luís Reimer Rodrigues. *Um mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/8053>>. Acesso em: 30 set. 2010. p. 9.

jurídica e aliás reconhecido mesmo como princípio constitucional²²⁷.

Há uma diferença, no entanto, crucial entre compreender a eficiência como princípio constitucional e encartar o valor da eficiência como parâmetro norteador indissoluto da concepção dos direitos em toda medida.

Ronald Dworkin se dedicou a analisar os pilares argumentativos da teoria econômica. Em seus trabalhos “A Riqueza é um Valor” e “Por que a eficiência”²²⁸ esse autor contesta veementemente a utilidade da teoria econômica do direito²²⁹.

Dworkin critica a visão econômica do direito, concebida por Posner, entendendo que esta confunde certos conceitos como “maximização de riqueza social” e “eficiência de Pareto”. Considera “um absurdo dizer que os juízes não deveriam tomar nenhuma decisão, a não ser as que movam a sociedade de um estado de ineficiência para um estado de eficiência de Pareto.”²³⁰ E isso porque, segundo Dworkin a restrição é muito forte, já que, na realidade, há poucos estados de ineficiência de Pareto. A restrição é também muito fraca, porque, se já se estiver num estado de ineficiência de Pareto, qualquer melhora implicaria um estado de eficiência de Pareto.

Mas sua crítica principal reside na identificação da riqueza como um objetivo em si a ser alcançado. Para Dworkin, os que pensam que os juízes devem decidir de modo a elevar a riqueza social devem também explicar porque a elevação desse fator por si só já indica ser uma sociedade melhor que outra só porque tem mais riqueza social, independente de observação de outros fatores, como bem-estar social, por exemplo. Ou seja, Dworkin questiona terminantemente que a riqueza seja um valor em si mesmo. “Assim que é separada da utilidade, a riqueza social perde toda a plausibilidade como componente do valor. Perde até mesmo a atração espúria que a personificação da sociedade confere ao utilitarismo.”²³¹

Logicamente, Dworkin exerce juízo crítico que visa a desconstruir algumas premissas adotadas por Posner na sua concepção econômica do direito, expondo o absurdo de se levar às últimas conseqüências a visão econômica ao direito. Dworkin rejeita, aliás, que se ponha a riqueza social como um objetivo, ainda que entre outros. “É bizarro atribuir aos juízes o

²²⁷ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o Princípio constitucional da eficiência. *Revista Interesse Público*, São Paulo, Ed. Notadez, n.º 7, 2000, p. 65-75.

²²⁸ Ambos os artigos constam do trabalho: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²²⁹ Ainda no prefácio de sua obra, Dworkin faz severas críticas à abordagem econômica do Direito, afirmando que ela “está associada a posições políticas conservadoras e, às vezes, parece uma capa para a política renascente do interesse próprio, que ameaça ocupar o terreno abandonado pelo liberalismo.” (*Ibidem*, p. XII).

²³⁰ *Ibidem*, p. 354.

²³¹ *Ibidem*, p. 364.

motivo de maximizar a riqueza social por si mesma ou de perseguir a riqueza social como um alvo falso para algum outro valor.²³²

Aliás, toma-se conhecimento de que o próprio Posner abandonou posteriormente a concepção de maximização da riqueza, passando para um viés pragmático do direito²³³.

Questiona-se, portanto, se ideias como maximização de riqueza social ou até mesmo “eficiência de Pareto” são definitivas como instrumentos de análise interpretativa do direito ou mesmo se têm alguma utilidade no exame dos fenômenos jurídicos e escolha de como decidir um caso concreto.

Na experiência jurídica brasileira, argumentos econômicos têm sido adotados para examinar a questão do fornecimento de medicamentos pelo Estado e sustentar a dificuldades impostas pelas restrições orçamentárias e escassez dos recursos públicos.

De fato, nota-se, por exemplo, o uso de incidentes processuais como a suspensão de segurança, cujo requisito principal de cabimento é a ocorrência de grave lesão ou ameaça à economia ou ordem pública²³⁴.

Em recente audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o tema da judicialização da saúde, algumas vozes levantaram-se enfaticamente em favor de um exame mais atento pelo Judiciário aos custos dos direitos. Fala-se de eficiência na alocação de

²³² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 394.

²³³ É o que anota Bruno Meyerhoff Salama: “Posner reviu sua posição: ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, Posner passou pós a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo americano.” (SALAMA, Bruno Meyerhoff. *Direito, justiça e eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*. Disponível em: <<http://works.bepress.com>>. Acesso em: 25 set. 2010). De fato, em sua obra *Problemas de Filosofia do direito*, Posner reconhece as dificuldades de aplicação prática do princípio da maximização da riqueza no contexto jurídico: “Infelizmente, a maximização da riqueza não é uma ética pura de produtividade e cooperação, não só porque até mesmo as tentativas juridicamente legítimas de maximização da riqueza frequentemente deixam outras pessoas em pior situação, porém, mais fundamentalmente, porque a sorte desempenha um importante papel nos lucros das atividades de mercado. O que é pior, é sempre possível argumentar que a distribuição da produtividade entre uma população constitui, ela própria, a sorte da loteria genética ou da criação, ou do lugar onde a pessoa veio a nascer, e que essas formas de sorte não têm qualquer importância ética. Existem contra-argumentos, por certo, mas não são decisivos. De novo, portanto, cabe afirmar que os alicerces de um princípio abrangente para a solução das disputas jurídicas estão podres, o que nos faz voltar para a solidez dos abrigos pragmáticos.” (POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 526).

²³⁴ Na Suspensão de Tutela Antecipada 175, v.g., proposta perante o Supremo Tribunal Federal, a Administração argui, contra a tutela de medicamentos, que “causa grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto implicará: deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR. Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno. Julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11. dez. 2010).

recursos, argumentando-se inclusive que “um direito fundamental é eficiente quando, no momento em que é implementado, não prejudica o bem-estar dos demais.”²³⁵

Preconiza-se ainda a eficiência alocativa de recursos, com o argumento de que se faz necessário modelar as políticas e programas de saúde, a fim de que atinjam prioritariamente as pessoas que mais precisam das ações do Estado.²³⁶

Nesse tópico, é importante observar que há diferença entre argumentar pela eficiência na gestão de recursos escassos e pela alocação prioritária em situações-limite.

Quando se fala em escolhas trágicas²³⁷, reporta-se a situações em que os recursos que se têm à disposição são tão limitados, que se deve optar em favor de um em detrimento do outro. Em outras palavras, deve-se decidir o que é mais necessário, ou quem mais precisa. É o caso exemplificativo de médico que, em situação de emergência, precisa decidir rapidamente se tenta salvar primeiro a vida de um paciente ou de outro, certo de que essa escolha poderá custar a vida de um deles.

Como explica Dworkin, podem se interpretar interesses como contrapostos ou complementares, ou na sua própria expressão, como conciliação ou receita. A conciliação é quando interesses contrapostos surgem e podem ser efetivados na medida inversa, ou seja, quanto mais se tem de um, menos se tem de outro. Já a receita redundante de uma medida certa para a satisfação de alguns interesses, sendo que nem sempre que se tem mais de uma coisa necessariamente será algo vantajoso para a sociedade.

Ao se conceber ideais, por exemplo, de justiça e eficiência de custo/benefício como conciliatórios, está se pensando não numa combinação certa entre esses itens, mas em uma troca. O equívoco nessa compreensão não só reside pela exagerada dose de utilitarismo que encerra, sobretudo porque, ao se conceber a efetivação de direitos como uma conciliação, admite-se uma perda de um valor para propiciar outro.

Raciocínio inteiramente diverso é o da receita. Uma receita é indicada a partir de determinada

²³⁵ HEINEN, Juliano. *O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista*: uma opção trágica. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 set. 2010. O autor acrescenta: “Essa é a ótica de PARETO: a distribuição de recursos se mostra eficiente quando não for possível aumentar a utilização [sic] de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outrem. Nesse sentido, reclama-se que a decisão judicial pergunte se não está reduzindo o bem-estar de outrem.” Cita afinal a posição de Flávio Galdino para quem “as normas jurídicas em geral, muito especialmente as normas concretas, e notadamente as decisões judiciais, devem ter em vista – como critério mesmo da decisão – a máxima eficiência.”

²³⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade*: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2010.

²³⁷ BOBBITT, Philip; CALABRESI, Guido. *Tragic choices*. New York: Norton & Company, 1972. p. 33.

proporção entre os componentes. Não há melhora com o acréscimo de apenas um dos itens para o resultado pretendido. Há uma medida ideal para determinados interesses, de modo que não adianta excedê-los desnecessariamente, que nenhum benefício trará pela sociedade. Trata-se de uma perspectiva que muito tem a ver com avaliações de caráter empírico.

A distinção entre conciliação e receita é importante, porque muitas vezes essas ideias se fundem no discurso econômico sem qualquer contextualização. No caso da assistência farmacêutica, alega-se que os recursos são limitados e a ajuda do Estado nessa assistência se deve dar em razão da contingência. Esse é um típico argumento de conciliação. Considera-se que os recursos são escassos, e que é preciso atendê-los na maior medida possível, mas a sua aplicação desmedida pode impedir outras demandas sociais. Esse argumento tem pertinência em discussões sobre alocações orçamentárias, em que as verbas são previamente definidas e é necessário escolher entre diversas opções de despesa.

Já a receita traduz-se, no direito à saúde, em contextualização com medidas que visem a otimizar os recursos públicos, nem tanto pela dimensão de sua escassez, mas de finalidades que podem ser melhor atendidas por determinadas escolhas estratégicas. Há opções, v. g., por políticas de co-financiamento de medicamentos (remédios de baixíssimo custo, pois subsidiados pelo Estado), que a um só tempo garantem a assistência farmacêutica e encorajam o uso racional e moderado de medicamentos.

Com efeito, tem-se notado na Europa uma grande tendência à política de reembolso de despesas com medicamentos²³⁸. Aliás, tem-se observado a maior racionalidade no uso de medicamentos quando ocorre o Estado os distribui para os indivíduos não inteiramente de graça, mas através de políticas de co-financiamento²³⁹.

²³⁸ EUROPEAN COMMUNITIES 2006. *Surveying, Assessing and Analysing the Pharmaceutical Sector in the 25 EU Member States*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/oebig.pdf>. Acesso em: 13 set. 2010.

²³⁹ É o que explicam por exemplo alguns estudos de economia: “A experiência internacional aponta duas formas distintas de financiamento do gasto com medicamentos para a população economicamente ativa. Em alguns países, sendo o principal exemplo os Estados Unidos, esse gasto é essencialmente financiado através de seguro-saúde privado. Na grande maioria dos demais países desenvolvidos, o Estado financia, ao menos parcialmente, o gasto com medicamentos, seja através de reembolso, seja através de distribuição gratuita.” E que “As experiências internacionais sugerem que o reembolso parcial dos gastos com medicamentos, combinado com a adoção de listas positivas e preços de referência, parece ser a forma mais adequada de financiamento público de gastos com medicamentos.” (LISBOA, Marcos et al. Política Governamental e Regulação do Mercado de Medicamentos. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. *Documento de Trabalho n. 08*. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 08 out. 2010) “No Brasil, diferentemente do que acontece na grande maioria dos países em que o mercado de medicamentos é regulado economicamente, o financiamento do acesso aos medicamentos é tipicamente privado, através de pagamentos *out-of-pocket*. Nos grandes mercados europeus – onde também há regulação de preços de medicamentos – como Inglaterra, França, Alemanha e Espanha, o financiamento do acesso aos medicamentos pela população é tipicamente público, geralmente através de políticas de reembolso. Embora a *rationale* econômica para a regulação tanto no Brasil

A confusão entre situações-limite e opções estratégicas de alocação de recursos pode indicar simples discurso conservador e reducionista dos direitos sociais²⁴⁰.

De fato, sobre políticas públicas e contingenciamento de recursos públicos, é difícil discernir o que é política contingenciadora de gastos públicos, o que é implementação racional de recursos, o que é atendimento de prioridade, diante de recursos limitados, ou mesmo o que é simples ineficiência administrativa na sua alocação.

Outro problema é divisar nesse campo o Judiciário em si como articulador de uma política governamental, seja ela de qualquer espécie, inclusive sanitária. Em outras palavras, ao se compreender o Poder Judiciário imbuído de um propósito ou finalidade que não seja o de propiciar a justiça, mas o de, antes disso, maximizar riqueza, gerar eficiência nas relações sociais, admite-se que o Judiciário possa em muitos casos praticar injustiça, reconhecidamente, por si próprio.

A visão econômica do direito pode examinar ainda, sob seu viés peculiar, a influência do poder econômico na assistência farmacêutica. Fala-se, por exemplo, que grupos farmacêuticos patrocinam escritórios de advocacia com o objetivo de obter liminares na justiça²⁴¹, conseguindo implantar uma tradição jurídica no país de se conseguir medicamentos através do

quanto no exterior seja a mesma – falhas de mercado – as motivações para a regulação parecem ser diferentes. Enquanto no mercado europeu a preocupação principal é o controle fiscal dos gastos públicos com medicamentos, no Brasil a motivação principal é tentar ampliar o acesso aos medicamentos através do controle do preço de entrada (precificação) e da variação de preços (reajuste).” (SANTOS, Bruno Eduardo dos; SILVA, Leandro Fonseca da. A cadeia da inovação farmacêutica no Brasil: aperfeiçoando o marco regulatório. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. *Documento de Trabalho n. 47*. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>> Acesso em: 15 out. 2010.

²⁴⁰ Flávio Galdino, v.g, defende que “parece correto sustentar que não se deve afirmar a existência de um direito fundamental determinado, ou seja, o direito de uma determinada pessoa receber uma determinada prestação quando seja absolutamente impossível, sob prisma prático e econômico-financeiro, realizá-lo. Impõe-se uma prévia análise de custo-benefício para compreenderem-se as consequências das escolhas.” (GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos (direitos não nascem em árvores)*. Rio: Lúmen Juris, 2005. p. 235). Mais uma vez fala-se de situação-limite (quando absolutamente impossível) para valorações de custo-benefício.

²⁴¹ É o que relatam alguns estudos de Saúde Pública: “O lobby da indústria e do comércio de produtos farmacêuticos com associações de portadores de doenças crônicas e o intenso trabalho de propaganda com os médicos fazem com que tanto os usuários quanto os prescritores passem a considerar imprescindível o uso de medicamentos novos. Em regra, esses produtos são de altíssimo custo, mas nem sempre são mais eficazes que outros de custo inferior, indicados para a mesma doença.” (CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 41-49, jun. 2010. “O uso clínico de um medicamento em indicações diferentes daquelas cuja literatura mostra evidências de eficácia e segurança não é recomendado. Entre as consequências, pode acarretar o emprego de um tratamento de eficácia duvidosa, com importantes efeitos adversos, e onerar o SUS. Além disso, para registrar uma nova indicação nas agências reguladoras, o laboratório produtor precisa comprovar, por meio de ensaios clínicos bem conduzidos, a eficácia e a segurança do medicamento para determinada enfermidade. O fornecimento do medicamento para indicações não aprovadas, por imposição da via judicial, equivale ao financiamento, pelo SUS, de pesquisas cuja responsabilidade é do laboratório inovador.” (LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, ago. 2010. p. 50.)

Judiciário, algo não vivenciado alguns anos atrás²⁴².

Ou seja, grupos de interesse se valem do Judiciário, e com muita argúcia jurídica, incentivam as demandas sobre medicamentos e serviços de saúde.

A visão econômica do direito favorece uma interrelação entre ciências, ou ao menos entre perspectivas diferentes, mas igualmente importantes, de se analisar um mesmo problema. Essa ligação pode se dar de forma livre ou manifestada através de pensamentos típicos, a exemplo da maximização da riqueza social e da eficiência.

Os sectários da visão econômica do direito tendem a considerar que o juiz, para se livrar de sua crise de consciência, opta em regra por conceder o medicamento, ignorando que em larga escala essas decisões podem sobrecarregar a previsão orçamentária do país²⁴³. O problema é que esses posicionamentos são tomados em geral como pontos de partida para um raciocínio de conciliação. E isso por considerar como situação-limite deficiência orçamentária como justificativa para a não interferência do Judiciário.

É preciso, portanto, separar argumentativamente a preocupação com o esgotamento dos recursos financeiros, sem cair na simples retórica da ideia do custo-benefício, que, conquanto importante, traduz-se em argumento completamente diverso. Por outro lado, há de se investigar, a partir mesmo de análises econômicas e levantamentos de toda a ordem, quais os benefícios e melhores políticas de dispensação de medicamentos que levem a uma otimização dos recursos públicos.

²⁴² Em estudo realizado na cidade de Florianópolis-SC, observou-se que no Sistema Municipal de Saúde, “47% das autorizações foram resultantes de decisões judiciais, fenômeno observado apenas a partir de 2004 e com grande crescimento nos anos seguintes, chegando a representar 77,23% das demandas nesta via de acesso em 2006 (as demandas que constam como administrativas internas neste ano são resultantes de acordo com o Ministério Público, não sendo computadas como mandados judiciais); em 22,8% das autorizações não foi possível verificar o tipo de encaminhamento”. (LEITE, Silvana Nair et al. *Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC*. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792009000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 nov. 2010. p. 13-28).

²⁴³ Carlos Ari Sundfeld é partidário desse ponto de vista, como declarou recentemente em entrevista à revista Consultor Jurídico, em 2 de março de 2007: “O juiz olha o caso e se sente muito tentado a resolver a situação, porque parece que aquilo está ao seu alcance e não tem efeito negativo. Só que, evidentemente, quando se soma o dinheiro necessário para isso, acaba se desviando recursos que o Estado investiria em outra coisa. Os juízes são espécies de vítimas do mundo simplório em que vivem. É o mundo da ação individual, da ação proposta como um conflito binário isolado. E ele acaba sendo um administrador de Justiça no sentido mais tradicional.” Sobre o comentário de Sundfeld, merece nota a crítica de Lenio Luis Streck: “Resta saber se uma análise econômica do direito desse jaez encontra algum respaldo em um texto compromissório-principiológico como o da Constituição do Brasil. Não é difícil de perceber na tese de Sundfeld um enfraquecimento da força normativa da Constituição, mormente naquilo que se pode denominar de ‘resgate das promessas incumpridas da modernidade’. Daí que a crítica de Sundfeld afasta-se do paradigma neoconstitucionalista, transformando-se em um discurso ideológico, que fragiliza os direitos fundamentais-sociais.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teoria discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 161).

Diversos levantamentos e estudos realizados apontam direções que vêm sendo seguidas em muitos casos por iniciativas do Poder Executivo e Legislativo, através de leis e decretos, portarias e regulamentos, modificando e aprimorando a prestação de medicamentos pelo Estado.

Uma das peculiaridades do acesso aos medicamentos, na visão econômica desse fenômeno, é a singularidade de sua necessidade, diretamente ligada à saúde e à vida do paciente.

Há estudos econômicos que pretendem associar os problemas de assistência médico-farmacêutica às incertezas da própria incidência da doença e eficácia do tratamento²⁴⁴.

Dados econômicos, sem sombra de dúvida, tendem a uma colocação mais precisa em processos de elaboração das leis, em que as forças políticas podem levar aos atores do processo legislativo as informações úteis, inclusive os dados econômicos, com o intuito de convencê-los acerca de uma maior eficiência macro-econômica em caso de adoção de determinada política de dispensação de medicamentos, por exemplo.

A análise econômica há de atentar para certas peculiaridades do problema em estudo, como, por exemplo, a circunstância de que quem usa o produto normalmente não é responsável pela sua escolha, já que esta é feita pelo médico²⁴⁵, os enormes custos que envolvem a pesquisa e desenvolvimento de um produto no mercado farmacêutico e a consequente formação de patentes que elevam o custo do tratamento. Outro ponto importante é que muitos países têm realizado estudos de custo-efetividade antes de incorporar um novo tratamento no rol de produtos e procedimentos de saúde ofertados aos pacientes²⁴⁶.

A desvinculação da missão do Judiciário com algum propósito maximizador de riqueza ou efficientismo, por si só, não pode ser confundida com sua legitimidade de intervenção em políticas públicas, dado que já compõem a tecnologia jurídica atual instrumentos processuais como a ação civil pública, para tutelar interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive afetando direcionamentos próprios da política de um modo geral, inclusive econômica e sanitária.

²⁴⁴ ARROW, Kenneth, J. Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. *The American Economic Review*, Vol. 53, n. 5, dec., 1963. p. 941.

²⁴⁵ LISBOA, Marcos et al. Política Governamental e Regulação do Mercado de Medicamentos. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. *Documento de Trabalho n. 08*. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 08 out. 2010.

²⁴⁶ “Aos mecanismos de análise do custo-efetividade em saúde dá-se o nome de Avaliação de Tecnologias em Saúde (Health Technology Assessment-HTA) ou simplesmente ATS.” (SANTOS, Bruno Eduardo dos; SILVA, Leandro Fonseca da. A cadeia da inovação farmacêutica no Brasil: aperfeiçoando o marco regulatório. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. *Documento de Trabalho n. 47*. <<Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

O Judiciário pode até mesmo contribuir no melhoramento das políticas públicas. E isso vem acontecendo, porque em razão mesmo da própria interferência judicial, as listas de dispensação de medicamentos tiveram um acréscimo de novos itens graças a diversas decisões judiciais, além do que problemas de armazenamento e dispensação obtiveram solução devido a determinações da Justiça, antes travadas por burocracia ou simples inoperância. No Brasil, o que se nota, de fato, é que a judicialização tem sido um sintoma da ineficiência administrativa na gestão da assistência farmacêutica. E sua interferência tem de um modo ou de outro aprimorado essa questão.

Dúvidas remanescem, pois, se a um juiz ou até mesmo um tribunal em demanda individual teriam condições de avaliar no processo as conseqüências econômicas de sua decisão²⁴⁷. É o caso das chamadas informações controversas e variadas sobre economia, sem o domínio preciso sobre o tema, induzindo aos chamados camaleões normativos e à metodologia *fuzzy*, a que se refere Canotilho²⁴⁸.

Como se vê, portanto, na realidade brasileira, o problema da dispensação de medicamentos antes de se configurar como uma questão de simples alocação de recursos, pode revelar as dificuldades da concretização do Sistema Único de Saúde contemplado na Constituição brasileira.

Como explica Gilmar Mendes, é bem certo que a discussão sobre judicialização, custos dos direitos e eficiência tem contornos bem delineados na realidade nacional, na medida em que no plano legislativo, regulamentar – normativo, de um modo geral – há reconhecimento expresso do Estado sobre o dever de prestação de medicamentos em caráter universal²⁴⁹. Ante a sistemática de proteção de direitos vigente no Brasil, não se discute o poder do Judiciário de inserir-se nessa efetivação.

O problema da judicialização, efetivação e interferência do Judiciário nas políticas públicas da

²⁴⁷ Convém aqui destacar, nesse tópico, a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich: “*Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un diálogo entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.*” (ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004. p. 251).

²⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 101.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. STA 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17/03/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2010. p. 283.

saúde não se resolve, todavia, com o simples reconhecimento público e legal dessa sua atuação. Afinal a legitimidade não é um processo acabado e que depende de simples normatização escrita, mas se renova a cada decisão proferida e a cada sentença que nega, concede, amplia ou restringe a proteção jurídica à saúde.

A análise dessa questão passa, portanto, pela efetivação dos direitos fundamentais em sua maior medida.

A eficiência constitui um elemento a ser considerado pelo julgador quando decide. Mas isso não significa que irá fazê-lo tomado pelo parâmetro de “maximização de riqueza” ou eficiência, tal como vista pela análise econômica do direito, acima de qualquer outro parâmetro. Deve-se tomar a eficiência como um dos princípios – em meio a outros igualmente relevantes – a serem seguidos pelo julgador, avaliando-se no caso concreto qual princípio há de prevalecer.

6.4 A SAÚDE PRIVADA

A atenção para os custos da saúde tem grande importância quando se examina a atividade nessa área desempenhada por empresas privadas, hospitais particulares e companhias de seguro e assistência de saúde.

É que a finalidade econômica prepondera nesse campo. A denominada saúde suplementar atende a anseio de consumo de serviços na área da prestação médica, que, conquanto preserve sua natureza pública, tem sua gestão e tratamento legal observados como uma atividade econômica, cujo objetivo central é o lucro.

A sobrevivência do sistema de saúde suplementar depende de um equilíbrio atuarial entre ingressos financeiros determinados pela contribuição regular de sócios e participantes, de um lado, e do outro, a sinistralidade, de modo a manter o sistema privado ativo e hígido.

Um dos fundamentos para serviços dessa natureza é a proteção em face de adversidades. É a chamada aversão ao risco. Posner explica que a aversão ao risco não é fenômeno universal. Exemplo disso são os jogos de azar²⁵⁰. No entanto, a maioria das pessoas tem aversão ao risco e há respostas institucionais para tanto, a exemplo dos planos de saúde.

Sob o ângulo da análise econômica do direito, os planos de saúde são vistos como

²⁵⁰ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2002. p. 11.

mecanismos de minimização de perdas financeiras, já que os custos de internação em hospital particular são suportados de modo diluído entre os participantes do plano.

Através de seguros e planos de saúde, a certeza do pagamento das contribuições mensais se contrapõe à incerteza da necessidade de sua utilização. O segurado troca a possibilidade de uma perda por outra menor, mas certa, despesa essa que consiste no pagamento do prêmio²⁵¹. E é essa interrelação entre expectativas que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos.

Transportada a discussão para a questão da assistência farmacêutica, citam-se casos jurisprudenciais em que empresas de planos de saúde têm sido condenadas a custear medicamentos de alto custo.

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁵², paciente requeria a plano de saúde o custeio de medicamento para tratamento de esclerose múltipla. A recusa da empresa securitária era baseada na ausência de previsão contratual para a assistência farmacêutica em casos em que não se fazia necessária a internação.

O entendimento vitorioso no Tribunal foi em favor da concessão do medicamento. Entendeu-se que o fornecimento da medicação ao paciente sem internação era menos dispendioso à seguradora. E restou atestado nos autos que o medicamento era indispensável à preservação da vida da segurada.

Houve nesse julgamento, no entanto, voto vencido²⁵³ no qual se defendia a negativa do direito à paciente, sob o argumento básico de que “os planos de saúde, sejam os de prestação de serviço, sejam os de seguro médico, são atividades econômicas exercidas por empresas, e que, portanto, buscam, como resultado dessa atividade, um lucro”. Além disso, o prêmio pago guarda nítido cálculo atuarial em relação ao risco assumido.

A posição vencedora nesse caso examinado é que melhor ilustra o pensamento jurídico que prepondera no direito brasileiro nesse campo. Embora as discussões sobre os aspectos econômicos do direito e das decisões judiciais sejam cada vez mais trazidas à tona, o fato é que as interpretações mais abrangentes sobre a proteção de direitos fundamentais, a relativização de contratos, para atender objetivos sociais do direito, é que têm predominado. Os contratos referentes a plano de saúde sofrem reinterpretações amparadas em normas que

²⁵¹ *Ibidem*, p. 105.

²⁵² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0010492-72.2010.8.26.0011. Relator: Des. Percival Nogueira. Publicado em 14/01/11. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2011.

²⁵³ Da lavra do Desembargador Vito Guglielmi. (*Ibidem*).

protegem os segurados e participantes dos planos, seja sob o enfoque de proteção ao consumidor, seja em atenção a princípios constitucionais, como os da proteção à vida, à saúde e à dignidade humana.

6.5 EFICIÊNCIA ECONÔMICA, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

A eficiência econômica, na perspectiva da análise econômica do direito, consiste numa tentativa de se atingir o ótimo de Pareto, vale dizer, quando se melhora a situação de alguém, sem piorar a dos demais. Como há pouco estados de Pareto na realidade, Posner sugere o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, que numa palavra, significa um exame de várias situações, nas quais, se na maior parte delas, houver eficiência, pode-se encontrar o “Pareto superior”.

Além disso, note-se que a perspectiva econômica é para o futuro. Examina as situações para a frente. No exemplo citado por Posner, o acidente é um fato acabado. Para a economia interessa a prevenção de acidentes “que não se justifiquem por seus custos.”²⁵⁴

Essa visão prospectiva do direito, no que diz respeito à eficiência econômica, é de intrínseca relação com a questão do acesso a medicamentos em decisões judiciais, já que grande parte dos questionamentos sobre os riscos dessas medidas aponta alguns limites em decorrência de dificuldades orçamentárias e prejuízos ao desempenho da Administração Pública.

A discussão argumentativa da eficiência perpassa todo o problema da efetivação dos direitos. Quando se fala em princípios, por exemplo, como mandados de otimização, há uma ideia de eficiência no direito, a partir da implementação dos direitos “na maior medida possível”.

Por outro lado, a ideia de “reserva do possível” associa-se inevitavelmente a esse aspecto de eficiência, na medida em que sugere um limite contingenciado pela situação do indivíduo perante a coletividade que o cerca. Associa-se à lógica de Pareto, na medida em que o atendimento a interesse de uma pessoa não pode obstar a dos demais. É certo que a análise econômica reconhece limites a essa lógica efficientista, baseada sobretudo em limites éticos de sua atuação.

Com efeito, a eticidade é fundamental na compreensão do ideal de eficiência, para que se afaste a otimização dos recursos “a qualquer custo”, respeitando certos limites que são

²⁵⁴ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2002. p. 7.

inarredáveis. Também a noção do justo é algo que não se resume a simples questão econômica.

Posner reconhece, por exemplo, que os campos do Direito Constitucional têm menos probabilidade de promover a eficiência.²⁵⁵ Embora impregnados de interesses econômico, o Direito Constitucional encerra uma preocupação com determinados bens e valores, alçados à dimensão de princípios constitucionais, aos quais as ideias de eficiência econômica têm de se curvar.

Assim, é que em que pese se reconheça o caráter progressivo dos direitos prestacionais, não se mostra adequada a justificativa indiscriminada da reserva do possível para omissões inconstitucionais²⁵⁶, ante a centralidade dos direitos fundamentais, que não mais se compatibilizam com a mera denominação de normas programáticas.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma inclusive que ainda se pode falar de normas de conteúdo programático, na medida em que estas reclamam uma concretização legislativa e “a diversa carga eficaz (em de regra de natureza jurídico-objetiva) destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma.²⁵⁷ No entanto, essa circunstância não retira a efetividade de tais normas, na maior medida possível.

É de se rejeitar, de todo modo, o simples argumento vazio de “reserva do possível”, como justificativa genérica para negar efetividade aos direitos fundamentais. De fato, como anota Andreas Krell, o direito brasileiro se encontra diante de um paradoxo, na medida em que parte da doutrina se vale da tese do *Vorbehalt des Möglichen* para rechaçar o controle de políticas sociais pelo Poder Judiciário. Refere que vários autores brasileiros recorrem à doutrina constitucional alemã, por exemplo, para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. “Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como ‘mandados’, ‘diretrizes’ ou ‘fins do Estado’”²⁵⁸ mas não os

²⁵⁵ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2002. p. 25.

²⁵⁶ “Os limites econômicos decorrem do fato de que certas prestações, segundo opinião corrente, hão de situar-se dentro da ‘reserva do possível’, referentemente às disponibilidades do erário. Havendo, porém, recursos ou a possibilidade de sua obtenção, pelo cancelamento, por ex., das chamadas dotações orçamentárias ‘politiqueiras’, pode e deve o Judiciário determinar a inclusão das despesas referentes à implementação daqueles direitos (despesas com a construção de escolas, hospitais, com o pessoal, etc.) no orçamento da entidade estatal omissa de seu dever constitucional”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 110).

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 292.

²⁵⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 108.

aceitam como verdadeiros direitos fundamentais. É certo, porém, que a realidade constitucional brasileira não se confunde com a opção constitucional alemã, daí porque inadequado o transporte automático de soluções interpretativas inaptas para o contexto nacional.

De fato, observa-se que houve, em verdade, um traslado de concepção de um sistema constitucional para outro, sem maior reflexão, razão pela qual se deu esse aproveitamento, sem adaptações, do conceito da “reserva do possível”. Conclui-se também que o entendimento limitado dos direitos sociais representa simples “importação” de soluções estrangeiras, desatentas às peculiaridades do direito positivo local e distantes das necessidades materiais do país.

Por outro lado, quanto ao mínimo existencial este se apresenta como um padrão básico de garantias que preservem a dignidade do indivíduo e abranjam não apenas a garantia da sobrevivência física (direito à alimentação, saúde, meio-ambiente equilibrado) como também sociocultural (acesso à educação, cultura).²⁵⁹

O mínimo existencial associa-se à proibição de retrocesso, que, ao seu passo, representa o avanço progressivo das garantias constituídas pela sociedade, inadmitindo o retorno a velhas práticas atentatórias a direitos fundamentais, uma vez que já se internalizaram procedimentos assecuratórios, sendo insustentável a justificativa de reserva do possível.²⁶⁰ São limites concretos, campos de proteção de direitos fundamentais, que resistem às ideias de eficiência econômica.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 320.

²⁶⁰ Pode-se citar, no caso brasileiro, como típico caso em que vige a proibição de retrocesso as medidas de saúde adotadas para promover a vacinação universal, entre outros muitos exemplos nessa área.

7 PARÂMETROS ÚTEIS À TUTELA JURISDICIONAL DE MEDICAMENTOS

7.1 POSSÍVEIS CRITÉRIOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: ANTES UMA QUESTÃO DE ARGUMENTAÇÃO DO QUE DELIMITAÇÃO DE CAMPOS IMPRÓPRIOS PARA O PODER JUDICIÁRIO

Alcança-se aqui a fase em que se discutem os critérios para a tutela jurisdicional de medicamentos, porquanto se parte do pressuposto de sua plena plausibilidade na realidade constitucional brasileira.

Nota-se que, nesse campo, já estão sedimentados importantes posicionamentos a respeito do papel do Estado. Assim, questionamentos como competência das três esferas (União, Estados e Municípios), legitimidade do Judiciário, efetividade e justiciabilidade dos direitos sociais, direito à saúde como individual e coletivo, dever do Estado na promoção desse direito, não recomendação de tratamentos experimentais, mas possibilidade excepcional de concessão de medicamento ainda não registrado no país pela ANVISA²⁶¹, suficiência da prova pericial como meio para verificação processual da necessidade de um medicamento, entre outros, vão sendo aos poucos resolvidos em termos de compreensão jurisprudencial, formando-se consensos e resposta elucidativas.

O debate do tema, no âmbito da doutrina e jurisprudência, tem notadamente amadurecido a visão sobre as especificidades dos problemas relacionados ao acesso a medicamentos por intermédio do Poder Judiciário.

Por outro lado, simplifica-se aos poucos a percepção do problema, permitindo-se que a discussão se concentre sobre outros pontos ainda não superados.

Assim é que prevalece, por exemplo, e como já mencionado, o entendimento quanto à competência solidária dos entes federativos na implementação da saúde e, por conseguinte, na

²⁶¹ Nos termos do artigo 16 da Lei n. 6.360/76, entre os requisitos para o registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos no país, é necessário “que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias.” Por eficiência, entenda-se a avaliação de custo-efetividade. Com efeito, como explica Dirceu Raposo de Mello, enquanto por efetividade se entende o critério utilizado para medir o efeito de um medicamento na terapêutica, ou seja, em condições “reais” da população como um todo, ao contrário do que é avaliado durante os ensaios clínicos controlados, quando os pacientes envolvidos foram rigorosamente selecionados, a eficiência considera-se a partir da relação custo-efetividade de um tratamento para o paciente ou a sociedade. (Cf. MELLO, Dirceu Raposo de. Registro na ANVISA. Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. *Audiência Pública em Saúde*. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 04 mar. 2009.)

assistência farmacêutica. Ao Judiciário não compete restringir a responsabilidade da União, Estado (ou Distrito Federal) e Município, que se forma de modo confluyente, cumprindo a estes, nos termos da Constituição, tomar as medidas de modo a distribuir os encargos decorrentes do dever prestacional em tela.

No entanto, há questões que ainda carecem de análise mais detida. É o caso da possibilidade excepcional de concessão de medicamento ainda sem registro na ANVISA, que será objeto de exame em tópico à frente. Controvérsia que suscita também grandes debates nesse contexto é a determinação, em ações coletivas, de inclusão de determinado medicamento em lista de dispensação.

A presença e reconhecimento de uma consolidação de argumentos e definição de *topoi* em relação ao sistema de assistência farmacêutica não evita que, em cada caso concreto posto à apreciação judicial, retomem-se alguns questionamentos constantemente. Um exemplo é o da escassez de recursos. Aliás, as discussões sobre esse ponto mantêm sempre o argumento da utilização racional de recursos e da razoabilidade²⁶².

Disso decorre que há sempre espaços abertos para a ponderação de princípios e valores. A relação de razoabilidade acompanha a dispensação de medicamentos e requer o sopesamento entre capacidade econômica do Estado e essencialidade do medicamento. Não seria, portanto, algo inimaginável que, diante de contexto sócio-econômico adverso, a exemplo de uma grave crise econômica, houvesse um recrudescimento do discurso em torno da assistência farmacêutica, o que eventualmente levaria o Estado a um papel mais discreto e menos efetivo no campo social.

O certo é que não favorece à efetivação da saúde considerar, *v. g.*, que direito ao medicamento *x* é em tese admissível, mas no caso concreto não se revelou passível de concessão, em face de insuficiência de recursos. A insuficiência pode significar o resultado de uma ponderação. Mas para isso é necessária uma demonstração cabal dessa insuficiência, quais prioridades foram atendidas em detrimento da que é demandada, enfim, há de se elevar o ônus argumentativo em caso de eventual alegação de ausência de recursos. O problema ganha feição ainda mais difícil em situações-limite, como numa crise financeira do Estado.

Na linha do pensamento sistemático, pode-se dizer que a questão da prestação de

²⁶² De fato, as decisões judiciais sobre prestação de medicamentos, conquanto em grande parte reconheçam amplamente esse direito, reconhecem a escassez dos recursos públicos. Conforme citado por Gilmar Mendes no voto acima referido, “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”, em referência à obra de Sunstein e Holmes, também já examinada neste trabalho.

medicamentos via jurisdicional, nas situações-limite, como acima mencionado, certamente representaria uma ruptura, porquanto haveria aqui uma verdadeira contradição de valores e não uma mera diferenciação de valores.²⁶³ Considerando que haveria uma impossibilidade de aplicação de toda a sistemática jurídica constitucional, composta por leis, decretos, portarias e regulamentos, disciplinando a lista de dispensação nacional de medicamentos, entre outras previsões, ter-se-ia necessidade de uma ressystematização da assistência farmacêutica, em conformidade com novas regras de fornecimento, mais restritas.

De todo modo, não há que se falar em campos impróprios de atuação do Poder Judiciário. Afirmarões no sentido de que os juízes não podem ter pleno conhecimento dos aspectos econômicos de uma dispensação de medicamentos terminam por consistir em mera peça retórica, vazia, que se resume a um recurso pautado em ideais de legitimação, para afastar a apreciação judicial da discussão em torno do acesso a medicamentos. Se o Estado pretender, seriamente, argumentar a falta de recursos para a saúde, em dado contexto econômico, deve propiciar os fundamentos técnicos nesse sentido, de modo a firmar o pleno convencimento judicial acerca dos limites da atuação estatal em torno da assistência farmacêutica.

No mais, há diversos foros onde podem esses temas ser discutidos. A Constituição brasileira confere um amplo rol de possibilidades de atuação jurisdicional, em nível coletivo e individual, abstrato e concreto. Ressalve-se desde logo que, na prática, a discussão sobre a assistência farmacêutica tem ficado, de um modo geral, circunscrita às ações individuais e, em menor número, ações coletivas.

7.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como adverte Habermas, cumpre ao tribunal constitucional utilizar os meios de que dispõe, no âmbito de sua competência, para que o processo da normatização jurídica se realize com legitimidade, nas chamadas “condições da política deliberativa”.²⁶⁴ Em evidência, portanto, o aspecto político da jurisdição constitucional, já que tem como tarefa observar a conformidade da atividade legislativa com a Lei Maior, papel em que o Tribunal Constitucional passa a “assumir vicariamente os direitos de autodeterminação do povo”.²⁶⁵ E essa função, que tem

²⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 230.

²⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 340.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 344.

um misto de político e jurídico, é conferida à Corte Constitucional com legitimidade inegável. Cumpre ao Tribunal Constitucional zelar pela plena aplicabilidade e continuidade da vigência da força originária da Constituição, de sua validade intrínseca, de seu campo aberto no seio da sociedade, que legitima e amplia a definição de valores absolutos. É o “fato fundamental”²⁶⁶ que encerra em seu âmago um plexo de definições de condutas sociais a ser respeitado por todo o poder constituído.

No viés pragmático, a função política há de se coadunar com a jurisdicional e vice-versa, ambas em busca de legitimação, cada qual a seu modo. À guisa de exemplo, Habermas aponta a presença, na sociedade americana, de diferentes visões, liberais e republicanas, acerca da legitimidade do Legislativo. A primeira visão, liberal, considera bastante para o Parlamento ganhar legitimidade na exata correlação entre o *input* dos votos e o *output* do poder.²⁶⁷ O republicanismo, de sua parte, estabelece-se no paradigma do diálogo, do agir comunicativo, no qual a controvérsia de opiniões, desenvolvida na “arena política”²⁶⁸, possui nítida função legitimadora. O sistema jurídico, de sua parte, é legítimo para trabalhar com os códigos de validade e invalidade, criando expectativa social “formulada *uno actu*”²⁶⁹, podendo a validade ter graus de intensidade variáveis.

Tais observações mostram-se aplicáveis à realidade brasileira, acrescentando-se que, por aqui, a legitimidade do Judiciário decorre, dentre outros fundamentos, da própria previsão normativa, que não só garante a supremacia da Constituição, como oferece os mecanismos para essa afirmação. Constituem meios de assegurar o cumprimento das normas constitucionais as ações e remédios contemplados pela Carta Constitucional.

Apesar de ser contramajoritária, na medida em que se pode voltar contra posições do Parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática²⁷⁰, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático. Por outro lado, rememore-se lição de Tocqueville, que aponta para a importância de instituições que possam “temperar a tirania da maioria”²⁷¹.

²⁶⁶ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 103.

²⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 337.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 339.

²⁶⁹ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 182.

²⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 59.

²⁷¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. 16. ed. Paris: Michel Lévi Frères, 1874. p. 399.

Para exercer a plenitude da jurisdição constitucional, o órgão judiciário é dotado de poderes que se manifestam no exercício de sua atividade típica. Em verdade, a Lei Maior contempla um extenso rol de ações, que constituem, em verdade, numa série de instrumentos processuais e garantias que visam a dar plena efetividade às normas constitucionais. Muitas delas, porém, não ensejam de modo frontal a jurisdição constitucional, mas apenas indiretamente, naquilo que a Jurisprudência habituou-se a denominar de “ofensa reflexa”. Além disso, como o sistema constitucional brasileiro contempla o controle difuso, qualquer ação individual, em princípio, é apta ao exercício do controle de constitucionalidade.

Em exame dos remédios e instrumentos processuais que constam na Carta Constitucional de 1988, diz-se que são ações constitucionais o habeas corpus, habeas data, mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, ação popular, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação civil pública.²⁷²

Num plano mais restrito, dentro dos mecanismos abstratos de controle de constitucionalidade, Clèmerson Merlin Clève²⁷³ relaciona como principais a ação direta de inconstitucionalidade – que visa a retirada da norma do ordenamento jurídico – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade, além da fiscalização abstrata no plano estadual. Ajunte-se a essas tipologias a arguição de descumprimento de preceito fundamental, posteriormente acrescentada ao grupo de ações constitucionais que se propõem ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Assim, observa-se que, além dos instrumentos de controle de constitucionalidade do caso concreto, referidos no tópico anterior, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação de leis e atos normativos *incidenter tantum*, pode-se falar ainda dos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do habeas data e da ação civil pública.

Pode-se apresentar, portanto, um quadro-resumo das principais ações constitucionais no sistema constitucional brasileiro:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de norma federal e norma estadual em face da Constituição, nos termos do art. 103 da Constituição;

²⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre as ações constitucionais e sua efetividade. In: DIDIER JR., Fredie (org). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 26.

²⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 111.

b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal;

c) a representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da República, contra norma constante do direito estadual considerada afrontosa dos chamados princípios sensíveis.

Ressalve-se que a representação interventiva é instrumento de controle de constitucionalidade *in concreto* e não abstrato.

Não se pode olvidar, ainda, os instrumentos de jurisdição constitucional de omissões do Poder Público que violem frontalmente a Constituição Federal. A Carta Constitucional brasileira contempla instrumentos de controle tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Embora se trate de institutos com semelhante causa *petendi*, mandado de injunção é ação de controle concreto, que instaura uma relação jurídica entre pessoas definidas, os efeitos da decisão judicial limitam-se as partes desta relação processual, ou seja, são *inter partes*. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em face de sua natureza abstrata e objetiva, onde não há partes materiais nem qualquer controvérsia, os efeitos da decisão judicial são *erga omnes*²⁷⁴.

O uso dos mecanismos de controle de constitucionalidade não se tem observado nos processos que discutem o fornecimento de medicamentos, com a intensidade que se poderia esperar, embora ocorram. Da análise jurisprudencial, constata-se, de um modo geral, tendência a que as discussões sobre o acesso a medicamentos se limitem à interpretação de princípios constitucionais. Não se cogita tanto de afastar a aplicação de normas infraconstitucionais (dispositivos legais, regulamentos etc.), mas de dar sentido ao conteúdo pleno do direito à saúde, compreendido, em geral, como direito subjetivo público.

Em verdade, há registro de uma ação direta de inconstitucionalidade nesse tema, mas em sentido contrário, voltada à restrição de medida adotada no plano legislativo para um aspecto de promoção da saúde. Trata-se de uma ação em sede de controle concentrado voltada contra lei do Estado do Rio de Janeiro que obriga farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos.²⁷⁵

De um modo geral, o que se constata é que não faltam dispositivos constitucionais que prevêm a garantia do direito à saúde. Além disso, e como já visto neste trabalho, há intensa

²⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 238-240.

²⁷⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2435 MC. Relatora Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgado em 13/03/2002. DJ 31-10-2003. p. 14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2010.

regulação sobre a matéria. A assistência farmacêutica encontra-se estruturada num complexo sistema de dispensação pública.

Tem havido, relativamente, poucos questionamentos da matéria, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, não se exclui a possibilidade de que eventualmente algumas dessas regulações infraconstitucionais sofram alterações com o propósito de restringir, em vez de disciplinar, o dever do Estado de atuar nesse setor.

É plenamente possível se cogitar a possibilidade de que inconstitucionalidades se observem no exame fático de situações. E para isso existem os remédios constitucionais.

Tome-se, por exemplo, o mandado de injunção. É concebido para garantir direito fundamental, quando sua lesão decorre de omissão ou falta de normativo legal regulamentador. Embora não se faça oportuno trazer as minúcias das discussões quanto ao seu cabimento, nota-se que não tem sido frequente esse instrumento processual para fazer frente a situações de omissão na prestação de medicamentos, até porque, para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o problema em questão não é a falta de regulamentação jurídica, mas simples ineficiência administrativa. De acordo com esse entendimento, não cabe a ação injuncional, se existente a norma regulamentadora, pouco importando se insatisfatória ou inconstitucional²⁷⁶.

Oportuno lembrar também a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a qual tem reconhecido caráter acessório, mas de importante configuração, sobretudo no campo das regulações no âmbito dos Estados e municípios, se eventualmente tolherem o direito da saúde, de alguma forma. De fato, a ADPF, disciplinada pela Lei n. 9.882/99, é um instrumento de controle de constitucionalidade mais amplo e por isso pode alcançar situações vivenciadas no tocante ao acesso a medicamentos, tais como atos jurídicos concretos e os fatos materiais.²⁷⁷ É comum notarem-se, por exemplo, situações de omissão de medicamentos em listas de dispensação, contra o que a ADPF pode em tese ser invocada. Essa compreensão torna-se ainda mais plausível, diante do entendimento do STF de que não se trata nesse caso de

²⁷⁶ É o que explica Dirley da Cunha Júnior, citando nesse tópico diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, divergindo, no entanto, quanto a esse entendimento: “Desde que inviabilize o exercício de algum direito fundamental, a providência incompleta ou insatisfatória do poder público dá ensanchas à propositura da referida ação, a fim de que seja suprida a parte omitida (v.g., a propositura da ação visando à extensão de um benefício legal concedido somente a uma parcela da mesma categoria). Outro tanto sucede nas hipóteses de inconstitucionalidade da própria norma regulamentadora, circunstância equiparável à própria falta da norma regulamentadora. Nesse caso, cumpre ao impetrante arguir incidentalmente, no próprio mandado de injunção, a inconstitucionalidade da medida e, uma vez declarada, pedir o suprimento da omissão (decorrente da inconstitucionalidade da norma regulamentadora), para poder exercer o seu direito.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 536).

²⁷⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.p. 419.

omissão.

A ADPF tem ainda relevante função no controle de políticas públicas, dada a possibilidade de afastar condutas do Estado que ameacem direitos fundamentais. Foi o que se verificou a ADPF 45, por exemplo, que pretendia afastar veto presidencial na Lei de Diretrizes Orçamentárias, que afinal importava na restrição de verbas para a saúde. Embora a ação em comento tenha perdido o seu objeto por fato superveniente, o Relator Min. Celso de Mello não deixou de consignar que a ADPF “qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas.”²⁷⁸

Registre-se, por fim, a possibilidade de a ADPF ser proposta mesmo em face de decisões judiciais²⁷⁹, que no tema do acesso a medicamentos pode ter alguma pertinência, embora de difícil visualização situação concreta em que possa ocorrer, ante o caráter subsidiário dessa ação.

7.3 EFETIVIDADE, EFICIÊNCIA E IGUALDADE

O acesso aos bens da medicina, como visto, decorre da realidade constitucional brasileira como algo manifesto e evidente. A inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito legitima a interferência do Judiciário nas questões que envolvam o acesso a medicamentos. O ente público já se propõe, por outro lado, a dar cumprimento aos seus deveres constitucionalmente estabelecidos, seja por intermédio de medidas indiretas, próprias de um intervencionismo estatal (a exemplo da regulação de preços), seja pelo fornecimento direto.

A correlação entre política pública de saúde, de um lado, e garantia de direitos, de outro, significa a contextualização entre propósitos políticos e garantias jurídicas erigidas na Constituição, que se deve dar na maior medida possível, isso é certo. No entanto, a definição do que seja essa “maior medida possível” é que se faz problemática, ante a difícil relação entre política e direito, por si só, e devido à especificidade da matéria em questão,

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 fev. 2011.

²⁷⁹ Conferir nesse sentido CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.p. 419.

implementação da saúde. Apesar das dificuldades, imperiosa se faz uma localização – provisória e imperfeita – de critérios minimamente aceitáveis para a construção de uma atividade coerente de definição de direitos, estabelecimento de parâmetros jurídicos tanto para o Estado-Administração, como para o Estado-juiz.

Alguns princípios já se revelam manifestamente importantes, na busca desses critérios. Da construção da pesquisa, focada no problema que se tem feito até aqui, pode-se claramente evidenciar alguns. São eles: efetividade, eficiência e igualdade.

Não são os únicos importantes, certamente. Talvez nem sejam mesmo os mais relevantes, haja vista que toda pesquisa atenta ao problema, voltada que é para alguns casos ou situações já examinadas, pode deixar que escapem à atenção outros pontos relevantes. Além disso, é de ser considerada a limitada capacidade do observador, envolvido que é em diversas pré-compreensões, que podem decerto dificultar ou frustrar o trabalho investigativo almejado.

A efetividade, como é cediço, volta-se à construção da verdadeira aplicação dos princípios e normas constitucionais, em prol não apenas da ordenação do Estado, como ainda na garantia e preservação de direitos fundamentais. É, em palavras mais simples, visualizar no mundo real aquilo que está escrito no papel, como direito fundamental.

Já o parâmetro da eficiência, que absorve a efetividade, associa-se perfeitamente à ideia de racionalização de recursos escassos, evitando-se desperdício de bens. É aplicação a mais consentânea possível com as ideias de formação de bem estar coletivo e individual. Além disso, não é demais lembrar que se trata de princípio constitucional expreso, o que dogmaticamente, o torna inquestionável como ponto que permeia a compreensão dos direitos.

A igualdade, por sua vez, é palavra de mais difícil expressão, porque evoca valor abstrato e sujeita a toda sorte de argumentos e construção de diversos significados. Costuma-se dizer, sobre a isonomia, que a todo tempo e em seu nome desigualdades são determinadas pelo direito. Há muito se constata como tautológica a expressão “igualar os iguais e desigualar os desiguais”, que pouco contribui para a definição de um critério real de igualdade. Há de se fazer ponderações. Basta lembrar, nesse ponto, que, em nome da igualdade, pode se interpretar até mesmo que o acesso gratuito a um particular de medicamento, não disponibilizado pelo Estado, fere *prima facie* ao princípio da igualdade, pois pode constituir hipótese de distribuição de renda não autorizada pelo ordenamento jurídico.

Sabe-se, no entanto, que o acesso a medicamentos deve ser considerado como uma parte essencial do direito à saúde consagrado na Constituição brasileira, sobretudo quando se trata

daqueles considerados fundamentais à preservação da vida. Os medicamentos do chamado “componente especializado”, por exemplo, muito embora importem em elevado custo para o Estado, são catalogados para fornecimento público gratuito, porquanto, ponderada a essencialidade do medicamento, a própria Administração Pública concluiu quanto à importância de seu fornecimento.

Em uma dada situação concreta, que exija a verificação quanto à essencialidade do fármaco requisitado ao Estado, cabem algumas perguntas: ele é um meio comprovadamente hábil e preservar a vida do indivíduo ou apto a propiciar-lhe bem estar, qualidade de vida (dignidade)? Há outros remédios igualmente eficazes e já ofertados pela Administração? Conforme as respostas, cabe ser feito um juízo entre os princípios elencados, ou entre estes e outros mais, como dignidade humana, segurança e liberdade.

A questão não apresenta dificuldades quando já há reconhecimento expresso por parte da Administração Pública acerca da inclusão de medicamento na rede de dispensação pública. Medicamentos que se mostram necessários e fundamentais, e que por isso constam em listas oficiais, passam a integrar protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS.

Com efeito, quando se trata de medicamentos já contemplados em listas de dispensação e programas oficiais de governo, não se recorre ao sopesamento de princípios, visto que a regra garantidora do direito já se encontra plenamente formalizada, estabelecido o reconhecimento do direito de modo direto.

Mais provável a ponderação de princípios nas situações em que o medicamento não está em lista de dispensação, ou, em casos mais extremos, sequer possua registro na ANVISA. Medicamentos nesta última situação são tidos como experimentais.

Sobre a concessão de medicamentos de cunho experimental, o voto do Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 é elucidativo ao argumentar quanto à impossibilidade, na quase totalidade dos casos, de sua determinação²⁸⁰. O fundamento que leva à proibição de dispensação do medicamento experimental é basicamente o fato de que não oferece qualquer garantia de eficiência, podendo, ao contrário, representar risco ao paciente. O problema maior reside no fato de que são drogas que não podem ser adquiridas em nenhum país “porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser

²⁸⁰ “Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/03/2010, DJ 30-04-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2010)

disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las.²⁸¹

Mas, mesmo nesses casos em que há um consenso contrário à dispensação do medicamento, há espaço para ponderação de princípios, em nome da salvaguarda em maior dimensão possível do direito fundamental à saúde.

O registro na ANVISA é um elemento importante na verificação ao acesso a medicamentos, mas não o único, visto que fatores econômicos, como a exigência de relação entre efetividade e eficiência, são adotados como requisitos para o registro de medicamentos no país. Há situações, portanto, em que essas regras proibitivas são afastadas, ou seja, concedem-se medicamentos ainda sem registro na ANVISA em demandas individuais.

O certo é que em casos como esse o ônus argumentativo aumenta severamente, a ponto de exigir consistentes elementos de prova acerca da necessidade, não existência de similares igualmente eficazes e sobretudo quanto à ausência de risco para o paciente.

Em caso recente julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, entendeu-se cabível o fornecimento de medicamento que não possuía registro na ANVISA, visto que considerados outros fatores relevantes na situação concreta²⁸².

Cuidava-se de caso em que o requerente possuía mucopolissacaridose do tipo VI (MPS VI) ou Síndrome de Maroteaux Lamy, doença rara, de transmissão recessiva, de acometimento multissêmico, caráter progressivo e curso letal, causada pela falta de atividade da enzima arylsulfatase B.

Em parecer técnico subscrito por uma consultora, por uma coordenadora e pelo diretor do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, constatou-se que o autor da ação sofria de uma doença metabólica hereditária raríssima, existindo, de acordo com a literatura, apenas 1.100 casos no mundo e para a qual não há tratamento para a cura. Dada a particular raridade da doença, o medicamento naglazyme foi registrado na EMEA (Agência Européia de Medicamentos) e na FDA (Agência de Controle de Alimentos e Medicamentos do Departamento de Saúde e Serviço Social dos Estados Unidos) “com a supressão de uma etapa fundamental no correspondente processo”, em outras

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/03/2010, DJ 30-04-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2010.

²⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª. Região. AG 200801000441252. Relatora Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Sexta Turma. Julgado em 02/02/2009. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2010.

palavras, sem a apresentação, pelo fabricante, de estudos clínicos que comprovassem a eficácia e a segurança do produto. A defesa do Estado era de que os usuários de tal medicamento estavam, em verdade, fazendo parte de um estudo clínico, durante o qual mostrar-se-ia, com base em elementos empíricos, a eficiência ou não da substância utilizada.

O parecer confirmou ainda que o único medicamento disponível para tratamento da doença em causa é o naglazyme, o qual segundo os estudos até o momento realizados seria eficaz, tão-somente, no combate a efeitos intermediários e não clínicos da doença, tais como melhora no teste de caminhada de seis e doze minutos e redução da excreção urinária de glicosaminoglicanos.

O custo do tratamento, então reportado nos autos, prescrito para o Autor é de US\$1.522,50 (mil, quinhentos e vinte e dois e cinquenta centavos) dólares a unidade, sendo de US\$182.700,00 (cento e oitenta e dois mil e setecentos) dólares o valor do tratamento semestral. Ainda de acordo com o parecer técnico, mesmo havendo sido o naglazyme registrado (precariamente) junto ao FDA e à EMEA, nem os Estados Unidos tampouco a Comunidade Européia disponibilizam gratuitamente aquele medicamento, tanto pela inexistência de certeza quanto à sua eficiência, como em razão do elevado custo de sua aquisição.

O último dado constante do parecer técnico foi afastado pelo precedente judicial referido, que justificou não ser correta a assertiva de que pacientes necessitados de tratamentos experimentais e de alto custo nos Estados Unidos e na União Européia fiquem, como regra, desamparados, pelo poder público. Existem nesses países, como no Brasil, políticas de fornecimento de remédios à população.

Vê-se, no caso citado, que os argumentos relativos à não-aprovação do medicamento pela ANVISA foram afastados considerando-se que o fármaco fora liberado por órgãos de similar finalidade, tanto na Europa como nos Estados Unidos. A ponderação afinal realizada tomou em consideração, de um lado, o valor segurança a ser preservado ao usuário da medicação, e do outro, a constatação de que era esse medicamento a única forma de tratamento possível para a doença que o acometia. Prevaleceu na situação a concretização da prestação farmacêutica requerida.

Assim é que critérios objetivos podem ser definidos, como a prioridade pela concessão de medicamentos já reconhecidos em listas de dispensação pelo Estado, mas sem se fechar a porta para situações em que a própria excepcionalidade da doença impede qualquer juízo

prévio acerca da plausibilidade da prestação.

Por outro lado, à medida que se diminui a essencialidade do remédio, no que respeita à preservação da vida (risco não iminente, enfermidades sistêmicas e nocivas a longo prazo, tais como diabetes, hipertensão etc.), é de ser admitido que tais fármacos sejam considerados como parte dos programas governamentais de dispensação, conforme outros fins sejam reconhecidos, tais como a relação custo-benefício (dispensação maior de medicamentos e redução do custo das internações). Ao passo, porém, que tais medicamentos não mais se coloquem como parte das estratégias de ataque da Administração contra riscos sociais e endemias, o ponto-chave é indagar a necessidade do medicamento para o bem-estar do paciente, de modo que ele possa ser fornecido então o remédio em caráter assistencial. Nesse campo, conforme a noção de seguridade social presente na Constituição brasileira, a carência de recursos financeiros é requisito útil para a aferição das condições de saúde e necessidade do remédio para melhor qualidade de vida.

Nos dois tópicos seguintes, serão examinados aspectos da prestação jurisdicional de medicamentos nas esferas individual e coletiva, observadas nos parâmetros de micro e macrojustiça.

7.4 RAZÕES DE MICROJUSTIÇA E MACROJUSTIÇA. O ACESSO A MEDICAMENTOS EM AÇÕES INDIVIDUAIS

Denomina-se microjustiça a noção de equidade e correção do direito, examinada a partir de uma situação individual concreta, despreocupada com os impactos numa dimensão geral. Já a macrojustiça volta-se para um questionamento mais largo, atento às consequências das medidas judiciais, em meio à coletividade²⁸³. Oportuna nesse caso a preocupação com o acesso à prestação jurisdicional de modo mais amplo, dentro da dimensão coletiva (em sentido amplo, que abrange não só os direitos coletivos *stricto sensu*, como também os direitos difusos e os individuais homogêneos).

A atuação pelo juiz no caso concreto, nem sempre preocupada com os impactos e

²⁸³ A distinção entre micro e macrojustiça tem sido empreendida por diversos doutrinadores no país, como Ana Paula de Barcellos, Daniel Sarmiento, Gustavo Amaral e Luís Roberto Barroso. Curioso constatar que tais expressões já são comuns no direito norte-americano. É o que se nota no trabalho de Eveline Maria Leal Assmar, que, em estudo de Psicologia Social, cita diversos autores estrangeiros, como Tyler, Boeckmann, Smith e Huo, que também diferenciam os aspectos de micro e macrojustiça. (ASSMAR, Eveline Maria Leal. A psicologia social e o estudo da justiça em diferentes níveis de análise. *Revista Psicologia: reflexão e crítica*, 2000, 13(3), p.497-506).

consequências prospectivas de sua decisão, é bem característica das ações individuais.

A exiguidade com que essas demandas são colocadas para a apreciação, ou seja, a limitação cognitiva e o pouco tempo de que se dispõe para decidir, cerca de peculiaridades inegáveis desse tipo de acesso a justiça.

Tem-se criticado a postura de juízes que tomam decisões onerosas para o Estado, sem levarem em consideração que essas decisões, se aplicadas a todos, seriam insustentáveis. Argumenta-se que a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia²⁸⁴. De fato, trata-se de caminho louvável a se seguir, sobretudo em nome da efetivação de princípios constitucionais.

No entanto, esse argumento parcimonioso requer alguma relativização. É que tal preocupação com os impactos da decisão judicial, ou seja, o exame do caso em dimensão de macrojustiça, pode ser escudo para a simples negação do direito à saúde. De fato, uma vez inviável ao julgador avaliar as reais consequências de sua decisão, há sempre o risco de este se reservar à autocontenção e, por conseguinte, omitir-se quanto à garantia de direito fundamental.

Uma diretriz sugerida sobre esse ponto parte de Luís Roberto Barroso, que recomenda o fornecimento de medicamentos em demandas individuais nos casos em que o fármaco já consta de listas de dispensação. Sustenta o referido autor que o primeiro parâmetro que considera consistente “elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima.”²⁸⁵

O problema dessa diretriz é que se parte de uma presunção generalista da lista de dispensação como se essa fosse a própria “Constituição dos medicamentos”. Inegável aqui a importância de tais listas para a identificação e organização da dispensação farmacêutica. Na esfera

²⁸⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010. p. 18.

²⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_afetividade.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010. Saliente-se que nesse trabalho o autor admite que esse critério por ele proposto não é infalível. “Parece impossível, por evidente, considerando a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, impedir demandas individuais que visem ao fornecimento de medicamentos não incluídos em lista. Ao decidir tais demandas, porém, o magistrado terá o ônus argumentativo de enfrentar os óbices expostos no texto. O ideal, a rigor, seria o magistrado oficiar ao Ministério Público para que avalie a conveniência do ajuizamento de uma ação coletiva, ainda que, naquele caso específico, e em caráter excepcional, decida deferir a entrega do medicamento para evitar a morte iminente do autor. O tema será retomado adiante ao longo do texto.” No entanto, postergar o exame da questão de medicamentos ao remeter a análise do problema simplesmente a outro foro de discussão não parece ser uma opção aceitável, em termos de prestação jurisdicional, porque por via transversa significa apenas a imediata negação de um direito.

judicial, todavia, padecem elas do mesmo mal que acomete as enumerações, listas e relações, de um modo geral, que povoam o universo jurídico, em leis e regulamentos. Não serão tais listas exaustivas, taxativas, já que a realidade da vida é capaz de surpreender com situações imprevistas²⁸⁶.

Ao lado, portanto, de situações já contidas em listas de dispensação, defende-se, pois, a plena possibilidade de fornecimento judicial de fármacos não expressamente previstos, mas cuja necessidade se vislumbre no caso concreto, e para a qual haja sonoros mecanismos de aferição de razoabilidade.

A ponderação de princípios é técnica argumentativa que não pode ser ignorada também nesse processo, não somente para alcançar situações análogas a outras já expressamente contempladas, como ainda para atingir casos concretos cuja dimensão fática não deixe dúvidas quanto à conveniência da dispensação.

Parâmetro razoável nesse quesito, e já mencionado, é o da essencialidade do medicamento, seja para a preservação da vida, seja para a qualidade de vida, o que se funda ademais na própria noção de dignidade da pessoa humana.

A hipossuficiência – questão de que já se ocupou este trabalho – é um fator que pode ser considerado quando da apreciação judicial, numa relação comparativa entre o custo da medicação e a condição financeira do pleiteante. Essa ponderação se faz tanto mais adequada à medida que diminui a essencialidade do fármaco requerido. A verificação de hipossuficiência pode constituir, em alguns casos, *discrímen* apto a aferir a igualdade substancial, no sentido de propiciar a todos igual acesso aos bens da medicina. Defende-se aqui a possibilidade de aferição *in concreto* de situação de pobreza.

Não desnatura o caráter universal da saúde a exigência judicial de provas da hipossuficiência, em casos de fundada dúvida, na medida em que o viés ora exposto consiste não no ramo da política pública de dispensação de medicamentos, que, como visto, é um misto de atendimento universalista e de assistência aos necessitados.

A situação de pobreza cumpre ser verificada caso a caso. Há remédios caríssimos cuja

²⁸⁶ Note-se por exemplo que o Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco editou súmula (n. 18) com o entendimento de que a falta de previsão de determinado medicamento em lista de dispensação não impede o seu fornecimento por determinação judicial. Argumenta-se que “a ênfase aqui estabelecida no fornecimento de medicamento para cura de moléstia grave, ainda que não inserido em lista oficial, tem por escopo quebrar obstáculo eventualmente alegado, para dentro de um contexto social de carência do sujeito das necessidades, poder o Estado cumprir seu papel.” (CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. Súmula 18. *Comentários às Súmulas do TJPE/ Tribunal de Justiça de Pernambuco*. Ano I, n. 1. Recife: O Tribunal, 2009. p. 71.

prescrição e pagamento podem levar à completa insolvência até mesmo famílias com relativa reserva financeira. O parâmetro relativo à capacidade econômica do assistido é relativo e convém ser ponderado no caso concreto²⁸⁷.

Essa compreensão torna-se compatível com diversas situações, em que tamanha a intensidade do bem protegido, não cabe condicionar o acesso ao bem de saúde sequer à demonstração de pobreza. São situações em que, em razão da enfermidade, o indivíduo precisa de medicamentos dispendiosos e raros. A dignidade humana orienta-se pela proteção máxima dos indivíduos, independente de qualquer condição social, física, humana e psíquicas. Alguém que é portador de doença rara e não tem o seu medicamento em lista de dispensação certamente se insere num grupo de pessoas desfavorecidas, pela só circunstância da sua enfermidade. Em outras palavras, a proteção de minorias cumpre se dar, nesses casos, sem qualquer referência a razões de economicidade.

Vê-se nesse tema preocupação coletiva a partir de decisões em casos individuais, inclusive. Trata-se de macrojustiça, que é a perspectiva abstrata e geral de uma decisão judicial, seja ela individual ou coletiva. Qualquer decisão de um juiz permite uma abordagem em termos de microjustiça ou macrojustiça. A análise econômica do direito, por exemplo, ao sustentar que uma decisão em caso particular faz elevar o custo geral daquele medicamento, vale-se de critério que pode ser considerado macrojustiça.

No entanto, é certo que no mais das vezes a preocupação com a macrojustiça envolve, sobretudo, o cerne de ações coletivas, já que estas repercutem de modo amplo sobre a vida das pessoas. De fato, as ações coletivas podem produzir grandes impactos de ordem econômica, política e social.

7.5 O ACESSO A MEDICAMENTOS EM AÇÕES COLETIVAS

Não é propósito do presente trabalho analisar o aspecto processualístico dos instrumentos coletivos, que visam a proteger interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas sua inserção como um dos mecanismos previstos no ordenamento jurídico pátrio em favor da efetivação do direito aos medicamentos.

²⁸⁷ É o que também considera Maurício Caldas Lopes, ao falar da “miserabilidade jurídica relativa”, ocorrente nos casos “em que o indivíduo, embora podendo prover a própria subsistência, não possa custear tratamento médico de elevado dispêndio.” (LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 82.

Parte dessas ações já foi examinada no tópico relativo à jurisdição constitucional. De fato, são coletivas as ações constitucionais que versam sobre controle concentrado de constitucionalidade²⁸⁸. Do mesmo modo, o é o mandado de segurança coletivo. Os instrumentos coletivos abrangem ainda as ações civis públicas e as ações coletivas ordinárias²⁸⁹. Aqui serão nomeadas simplesmente de ações coletivas.

As ações coletivas, segundo muitos autores, são as mais indicadas para propiciar o acesso aos bens de saúde. De fato, segundo Luis Roberto Barroso, a discussão coletiva ou abstrata exige o exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, o que já não ocorre nas ações individuais. Além disso, as ações coletivas convocam legitimados ativos como o Ministério Público e associações, que terão meios de ampliar o debate em volta da questão ao acesso aos medicamentos.²⁹⁰

Entendimento semelhante é o adotado por Ana Paula de Barcellos, que registra que, no âmbito de controle coletivo ou abstrato, elementos como “expansão da capacidade financeira e econômica da sociedade, a situação do atendimento, pelo país afora, das necessidades associadas ao conceito de mínimo existencial” poderão ser examinados de forma mais consistente²⁹¹.

Além disso, argumenta-se que, na esfera coletiva ou abstrata, a alocação de recursos ou a definição de prioridades pode ser examinada em caráter geral. Desse modo, a discussão se dá previamente ao eventual embate pontual entre micro e macrojustiças²⁹².

É ponderado, também, que a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produz efeitos *erga omnes*, o que assegura a igualdade e universalidade no atendimento da população²⁹³.

No entanto, algumas dúvidas se colocam quanto à prevalência desse instrumento processual em relação às ações individuais. A segunda, sobre se a alocação de recursos ou a definição de

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Boletim científico*. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 16, jul./set., 2005. p. 117.

²⁸⁹ Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 658155/SC. Relatora Min. Laurita Vaz. Quinta Turma, DJ 10/10/2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 nov. 2010.

²⁹⁰ *Idem*. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_afetividade.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.

²⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 344.

²⁹² BARROSO, *op. cit.*, p. 32.

²⁹³ *Ibidem*, p. 30.

prioridades pode ser de fato melhor examinada pode de fato vir a ocorrer, visto que as atenções no processo se voltarão para a dimensão macro do problema.

A igualdade e a universalidade dos direitos são de fato melhor asseguradas por intermédio das ações coletivas, visto que a decisão pode, a um só tempo, beneficiar inúmeras pessoas, inclusive as camadas mais vulneráveis da população, cuja extrema pobreza dificulta o acesso à Justiça.

Todavia, restam dúvidas quanto à tese de que as ações coletivas sejam o único foro adequado para a discussão em juízo de políticas públicas. De fato, o ganho que se dá em termos de amplitude da coisa julgada pode não compensar, por outro lado, a grave perda que se dá na força de sedimentação do direito diante das inúmeras lides judiciais, em que a riqueza e complexidade das situações da vida podem ser, caso a caso, debatidas em cada processo.

Trata-se de escolha difícil, decerto. Ambas as opções apresentam vantagens e desvantagens. O que não se pode aceitar acriticamente é que a via coletiva seja o único caminho para discussão sobre políticas públicas, como o acesso judicial a medicamentos que não constam em lista de dispensação.

Cita-se a ação coletiva como caminho designado pela lei processual a permitir a aplicação de um direito. O propósito e a finalidade da ação civil pública não se resumem a um simples aspecto de economia processual. Ela permite ainda uma noção ampla sobre o problema apreciado, de modo a que as atenções sobre a justiça ou injustiça do caso alçem a uma maior repercussão social, identificação coletiva, visão de interesse comum, que é o que se espera de uma sociedade que luta por seus direitos.

7.6 DE LEGE FERENDA OU DE LEGE LATA: CONVERGÊNCIA ENTRE SAÚDE PÚBLICA E DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos requerem concretização. A força do direito exige a efetividade. A mínima efetividade para o direito, de que fala Kelsen, não é bastante para um universo jurídico que demanda sentido e mudança da realidade.

É compreensível que o discurso político em torno da saúde seja em torno de uma progressiva concretização, na maior medida possível, de acordo com a capacidade da Administração Pública. No entanto, esse discurso não é o que se nota da leitura das normas constitucionais e legais vigentes no país.

Há, ainda, em alguns setores, pensamento mais conservador, que se faz notar inclusive jurisprudencialmente. Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu-se que a Constituição Federal não cria uma relação jurídica direta entre o Estado e os indivíduos, razão pela qual não há nenhum direito subjetivo imediato. “Estes surgirão apenas como efeito indireto depois do estabelecimento de políticas públicas.”²⁹⁴ Trata-se de posicionamento, todavia, que não tem se feito acompanhar pela Jurisprudência, em sua grande maior parte.

Basta recordar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal expressou que a dimensão individual do direito à saúde o reconhece como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, “legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.”²⁹⁵

Desse modo, é a noção de efetividade plena que tem prevalecido. Plenitude, contudo, que não pode ser alheia a demonstrações concretas e palpáveis de obstáculos financeiros. Ou quando há por parte do Legislativo juízos de prognose e opções políticas quanto a medidas de saúde pública cujas incertezas e desdobramentos o Judiciário não pode ao certo questionar. Trata-se da chamada discricionariedade epistêmica²⁹⁶, de que fala Alexy, a constituir limite razoável entre a atividade do legislador e a do juiz.

A convergência entre direito fundamental e política de saúde é de ser feita na medida da visão de eficiência do uso dos recursos públicos, decerto. Notam-se inclusive alguns exemplos bem sucedidos na práxis administrativa brasileira. Acompanha-se o crescimento de diversas instâncias administrativas responsáveis por catalogar os medicamentos a serem dispensados pelo Estado, evitando-se demandas judiciais desnecessárias, e resolvendo problemas de alocação de recursos financeiros e materiais. O Judiciário tem de atentar a essa adaptação do governo aos grandes avanços da judicialização de medicamentos, o que tem aliás já ocorrido.

Nem sempre, porém, o Judiciário poderá se comprometer com a visão eficientista sob pena de tolher a própria garantia do bem fundamental. E isso em virtude mesmo da restrição cognitiva dos processos judiciais, da necessidade de se dar decisões em curto espaço de

²⁹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de Saõa Paulo. Apelação nº 0003272-74.2010.8.26.0576. Relator Des. Urbano Ruiz. Comarca: São José do Rio Preto. Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 17/01/2011. Data de registro: 31/01/2011. Outros números: 990103055080. Ementa: “MEDICAMENTOS- Portadora de HAS+DLP+DM com MARA 24H alterado para HAS+ LAM alterado para DM+DLP - Médico particular - hipossuficiência não demonstrada -Ação improcedente - Recurso da Fazenda provido.” Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2011.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/03/2010, DJ 30-04-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 10.

²⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 583.

tempo, da vedação *ao non liquet*, e dos bens fundamentais protegidos constitucionalmente.

É preciso deixar o caminho aberto para a racionalidade argumentativa e os meios democráticos de se alcançar o consenso. Conceder medicamentos, especialmente aqueles raros e de dispensação excepcional, pode significar a última fronteira de proteção das minorias, donde o ativismo judicial tem tido nítido aspecto contramajoritário, mas o que é afinal necessário para a própria preservação das expectativas constitucionais.

A expressão *de lege ferenda* designa a expectativa de uma possível mudança da lei, que virá a descortinar novas perspectivas e mudanças em face do ordenamento vigente. Significa, por outro lado, a resignada compreensão de que nem tudo se pode dar por simples interpretação, requerendo o trabalho contingente e improvável do legislador em torno de uma esperada mudança.

A perspectiva neoconstitucionalista, porém, não se coaduna com a aceitação passiva de disposições omissas e previsão normativa deficiente. Exige-se perseverança no julgar, no decidir, até porque a ordem constitucional vigente é por si só vinculante.

A interpretação dos direitos sociais fundamentais, como os da saúde, não carecem de regulação, para o seu cumprimento. O aprimoramento das políticas públicas deve tender à otimização dos recursos públicos com vistas ao reconhecimento da saúde pública como efetiva e regular.

O acesso a medicamentos, que ganha uma força de justiciabilidade cada vez mais crescente, requer nesse contexto um grupo de medidas que disciplinem as práticas administrativas e inibam o Estado de descumprir as normas constitucionais.

8 CONCLUSÕES

1. A ciência jurídica se ocupa não apenas de definir uma moldura estática de possíveis soluções, mas perpassa por uma abordagem valorativa, que envolve o conteúdo dos direitos. O acesso a medicamentos por intermédio de decisões judiciais pode ser melhor compreendido por abordagem científica que reúna aspectos de pensamento problematizante, mas sensível aos modos tradicionais e sistemáticos de se pensar o direito, os quais estão arraigados na compreensão jurídica tradicional e permeiam as decisões judiciais.

2. A partir do problema examinado, uma das hipóteses que se formula é de que a assistência à saúde, mais precisamente o acesso a medicamentos – a razão mais freqüente para o acesso ao Judiciário nas questões de saúde – tem decorrido da falta de efetividade das normas constitucionais e, por outro lado, do acréscimo de poderes conferidos ao Poder Judiciário, como instância competente para a solução desse tipo de conflito.

3. O direito à saúde evoluiu de uma matriz diversa do conceito de saúde pública, o qual tem conteúdo eminentemente político. A visão do Estado é implantar as ações e serviços da saúde, em especial, a assistência farmacêutica, “na maior medida possível” e dentro das possibilidades financeiras da Administração Pública. Não se admite abertamente, nos instrumentos de regulação administrativa, a dimensão de direito público subjetivo à saúde, algo que as decisões judiciais, em sua grande maioria, têm feito.

4. Há uma diferença nítida e crucial entre política de saúde pública e garantia do direito à saúde. Enquanto a primeira tem um enfoque macro, visando ao bem-estar coletivo, na medida de suas possibilidades, o direito à saúde surge de uma perspectiva inversa, provém do indivíduo para o Estado, embora também sindicável coletivamente. As duas perspectivas são importantes, porém díspares. Supõe-se que essa falta de correspondência de discursos, conceitos e linguagens dificulte a própria compreensão do direito à saúde por seus destinatários.

5. A saúde é direito social, fundamental e prestacional, centrado na ideia de universalidade, de modo que prevê para todos sem distinção o acesso aos bens da medicina. O caráter universal desse direito, reconhecido pela Constituição de 1988, é decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

6. A perspectiva neoconstitucionalista é aquela que coloca os direitos fundamentais,

assegurados pela Constituição, na centralidade do ordenamento jurídico, fazendo que todas as normas sejam interpretadas em harmonia com esse princípio constitucional.

7. A atuação do Poder Judiciário na solução das questões atinentes a medicamentos é plenamente legitimada no ordenamento constitucional brasileiro, considerado o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a efetiva proteção aos direitos fundamentais prestacionais, previstos na Constituição.

8. O caráter universalista com que se trata o direito social à saúde pela Constituição brasileira, independentemente de qualquer atributo do sujeito, e desgarrado da visão de seguro social, reforça o seu caráter de direito fundamental.

9. O acesso a medicamentos por intermédio das decisões judiciais, conforme a visão propiciada pela teoria dos sistemas, evidencia uma contínua relação de tensão entre a política e o direito. É importante atentar para os corretos meios de diálogo entre esses sistemas, que se dá pelo chamado “acoplamento estrutural” propiciado pela interpretação constitucional. A Constituição brasileira de 1988 condiciona a mútua influência entre política e direito ao respeito de um irredutível campo de proteção dos direitos fundamentais.

10. É possível concluir que, no sistema jurídico brasileiro, o direito à assistência farmacêutica é composto por uma parte universalista, ligada à saúde, mas que pode ser relativizada, à medida que a essencialidade do medicamento requerido diminua. Quando menos essenciais os medicamentos, pode prevalecer o perfil assistencial do direito, sendo, pois, dedicado às pessoas necessitadas.

11. O Judiciário pode e deve interferir na disciplina constitucional, seja lidando com as omissões eventualmente ocorridas nessa questão, seja exercitando o controle de políticas públicas.

12. O fato de o Poder Judiciário interferir na disposta política de acesso aos medicamentos não impede, obviamente, que o Legislativo procure disciplinar a matéria. Ao contrário, o trato desse ramo será oportuno, devendo atender e observar a sistemática constitucional vigente.

13. A análise econômica do direito pode ser um instrumento útil para a compreensão dos meandros que cercam a assistência farmacêutica e as dificuldades de implementação da política de fornecimento de medicamentos.

14. É necessário distinguir conciliação e receita. Conciliação representa a composição de interesses conflitantes, que se impõem de modo inversamente proporcional. A receita

representa uma medida de otimização, sendo que o acréscimo de determinados bens na coletividade, sem uma proporção adequada, não significa garantia de aprimoramento, melhoria ou evolução. É importante destacar, através da pesquisa econômica, o modo de garantia do direito à saúde, identificando os modos de análise acima destacados, para que não se confundam argumentos desnecessariamente.

15. A confusão conceitual entre conciliação e receita serve apenas para colocar uma névoa no assunto da proteção de direitos fundamentais sociais, e justificar-se com isso a inoperância e ineficiência administrativas.

16. A eficiência é um dado a ser considerado, não só dogmaticamente, já que é consagrado princípio da Administração Pública, mas também porque, na doutrina da otimização dos direitos, tem papel fundamental nessa concretização.

17. Ativismo judicial não se resume a uma análise das normas jurídicas postas na Constituição, leis, doutrina, jurisprudência em torno de construções sobre as interferências entre os poderes constituídos. Plenamente possível ampliar-se a discussão para um questionamento ético, sobre as repercussões dessa interferência do Poder Judiciário nos desígnios das atividades administrativas do Estado.

18. A tese de que a sedimentação de posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a assistência farmacêutica diminui o espaço para a ponderação de princípios e valores não resiste a um exame mais detido. O elenco de medicamentos já garantidos para a dispensação pública pode vir a sofrer alterações, conforme o contexto sócio-econômico do país. Não se afigura impossível a hipótese de que recrudesça o discurso da “reserva do possível”, em caso de séria crise financeira do Estado, assim reconhecida pela filtragem constitucional exercida pelos órgãos judiciais. Mas há um núcleo fundamental do direito à saúde que deverá sempre ser observado.

19. De um modo geral, não convencem argumentos de situações extremas (conciliação – soma-zero), para justificar pretensões restritivas em torno do dever fundamental do Estado a propiciar o acesso à saúde, e, precisamente, aos medicamentos. Necessário conjugar o discurso político da implementação na maior medida possível com o compromisso constitucional de efetividade plena dos direitos fundamentais.

20. Há diversos mecanismos processuais para a garantia e efetivação da assistência farmacêutica, tanto em sede coletiva (controle de constitucionalidade, mandado de segurança coletivo e ação civil pública), como individual.

21. A dicotomia entre a micro e a macrojustiça propicia um debate quanto à necessidade de o juiz atentar, quando de sua decisão, para os impactos e consequências do que venha a julgar. As limitações de ordem prática podem, no entanto, restringir esse papel do julgador, que tem sobre si o dever de decidir (vedação ao *non liquet*) e de simplificar, no caso concreto, a complexidade da vida, canalizando as informações obtidas para os códigos lícito/ilícito, processo pelo qual parte considerável dos dados materiais inevitavelmente se dissipa.

22. No entanto, o Estado Democrático de Direito deve confluir para que haja uma correspondência real entre a política de saúde e o direito à saúde que a própria Constituição reconhece. Eventuais incongruências nesse quadro são suportáveis por um curto período de tempo, mas carecem de uma correção imediata ou em um prazo definido.

23. Revela-se fundamental, compatibilizar, na maior medida possível, o discurso governamental de políticas públicas (saúde como direito objetivo) e a concretização do direito fundamental à saúde (saúde como direito subjetivo). O Poder Judiciário é um importante mecanismo nesse processo contínuo de confluência de valores, razão pela qual a sociedade não deve temer a suposta influência ativista desse elemento do poder do Estado, mas antes democratizar e pluralizar o acesso aos mecanismos judiciais de concretização de direitos, o que passa necessariamente pelo maior acesso à Justiça e racionalidade argumentativa das instâncias decisórias.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA FILHO, Naomar de. Bases históricas da epidemiologia. *Cadernos de Saúde Pública*. vol.2, n.3. Rio de Janeiro, p. 304-311, jul./set. 1986.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29. Rio de Janeiro: Puc-Rio, p. 49-68, jul./dez. 2006.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-adenauer-Stiftung, São Paulo: UNESP, 2004, p. 81-115.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionismo (s)*. Madrid: Trotta, 2005, p. 239-258.

ARROW, Kenneth, J. Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. *The American Economic Review*, Vol. 53, n. 5, dec. 1963.

ASSMAR, Eveline Maria Leal. A psicologia social e o estudo da justiça em diferentes níveis de análise. *Revista Psicologia: reflexão e crítica*, 2000, 13(3), p.497-506.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. n. 4, Salvador, 2001.

_____. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

BARBOSA, Fabiano Jantalia. (2007). *A Penhora on line de ativos financeiros: reflexões sobre o aprimoramento do Código de Processo Civil brasileiro à luz da análise econômica do Direito*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/0bm0t95v>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BARBOSA, Rui. Discurso realizado em 15 de novembro de 1904. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 15 nov. 1904.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Boletim científico*. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 16, jul./set., 2005. p. 111-140.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_afetividade.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, v.3, n. 11, jul./set. 2001.p. 42-73.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. Janeiro e fevereiro de 2009 – número 4. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

BITTENCOURT, Roberto José. *A superlotação dos serviços de emergência hospitalar como evidência de baixo desempenho organizacional*. 2010. Tese (Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-59.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

BUSCAGLIA, Edgardo. Mecanismos de sostenibilidad de las reformas legales y judiciales en países en desarrollo: principios y lecciones aprendidas através de la experiencia internacional. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. Berkeley, v.1, n.1, 2006.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: Norton & Company, 1972.

CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. Súmula 18. *Comentários às Súmulas do TJPE/Tribunal de Justiça de Pernambuco*. Ano I, n. 1. Recife: O Tribunal, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Antonio Correia de. Normativismo e Incentivos: Contributo da Economia para a Administração da Saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães (org.). *Economia da Saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde, número 149*. 2. ed. Brasília: IPEA, 1995, p. 69-98

CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CHÂTELET, François et al. *História das ideias políticas*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CHALVIDAN, Pierre-Henri. *Droit Constitutionnel*. Paris: Nathan, 1996.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 41-49, jun. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

CORDEIRO, A. Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

_____. *Controle judicial das omissões do poder público. Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade nos direitos fundamentais sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley (org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 71-112.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde. Evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

DEYON, Pierre. *O mercantilismo*. 4. ed. Tradução de Teresa Cristina Silveira da Mota. São Paulo: Perspectiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

EUROPEAN COMMUNITIES 2006. *Surveying, Assessing and Analysing the Pharmaceutical Sector in the 25 EU Member States*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/oebig.pdf>. Acesso em: 13 set. 2010.

FERRATER, Mora. J. *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. Limites da interpretação jurídica. *Revista brasileira de filosofia*, RBF 232, 2009.

_____. Prólogo. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XIII-XX.

_____. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAZ, Lucas; FIUZA, Eduardo; LISBOA, Marcos; VIEGAS, Monica. Política Governamental e Regulação do Mercado de Medicamentos. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. *Documento de Trabalho n. 08*. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>> Acesso em: 08 out. 2010.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf> Acesso em: 01 nov. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREITAS, Graça Maria Borges de. *A reforma do judiciário, o discurso econômico e os desafios*. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_72/Graca_Freitas.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

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

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universitária São Francisco, 2007.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge: University Press, 2003.

GIORGI, Raffaele de. Apresentação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na*

sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 5-17.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso aos recursos sanitários escassos*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica de proteção do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEINEN, Juliano. *O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica*. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 30 set. 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

LEITE, Silvana Nair et ali. *Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC*. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792009000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 nov. 2010.

LINDQUIST, Stephanie; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford University Press, 2009.

LISBOA, Marcos et al. Política Governamental e Regulação do Mercado de Medicamentos. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. *Documento de Trabalho n. 08*. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 08 out. 2010.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, ago. 2010 .

LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. Tradução do alemão para o francês de Michel van de Kerchove. *Droit et Société*, Paris, n. 11-12, p. 53-67, 1989.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do Direito*. Vol. 1 e 2. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008.

MELLO, Dirceu Raposo de. Registro na ANVISA. Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. *Audiência Pública em Saúde*. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 04 mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. O Sistema Único de Saúde: 20 anos. Balanço e perspectivas. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 25(7):1620-1625, jul, 2009.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Farmácia Popular do Brasil*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=30269>. Acesso em: 18 out. 2010.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Interesse Público*, São Paulo, Ed. Notadez, nº. 7, 2000, p. 65-75.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2005. P. 100-122.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *O acesso aos medicamentos de alto custo nas Américas: contexto, desafios e perspectivas*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Ministério da Saúde; Ministério das Relações Exteriores, 2009.

PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural. 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. *Direitos fundamentais e sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53-70.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2002.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (org.).

Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Miguel Carbonell; Editorial Trotta, 2005. p. 189-210.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde. De acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RIEFFEL, Luís Reimer Rodrigues. *Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/8053>>. Acesso em: 30 set. 2010.

ROCHA, Leonel Severo da. Prefácio em Schwartz, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Tradução de Marcos Fernando da Silva Moreira. São Paulo: Hicitec; Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhoff. *Direito, justiça e eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*. Disponível em: <<http://works.bepress.com>>. Acesso em: 25 set. 2010.

SANTOS, Boaventura Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SANTOS, Bruno Eduardo dos; SILVA, Leandro Fonseca da. A cadeia da inovação farmacêutica no Brasil: aperfeiçoando o marco regulatório. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. *Documento de Trabalho n. 47*. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

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

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. *Livres e Iguais: Estudos de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 35-93.

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

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE SAUDE. Política Nacional de Medicamentos. Informes técnicos institucionais. *Rev. Saúde Pública*. 2000, vol.34, n.2, p. 206-209.

SEGATTO, Cristiane. “Super remédios para quem?” *Revista Época*. 363 ed. Rio de Janeiro: Globo, 02 maio 2005

SÉGUIN, Elida. *Plano de saúde*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SEITER, Andreas. Pharmaceuticals: Cost containment, Pricing, Reimbursement. *The World Bank HNP Brief#7*. Agosto 2005. Disponível em:
<<http://go.worldbank.org/NXYO3NIW10>>. Acesso em: 15 set. 2010.

SEVCENKO, Nicolau. *A revolta da vacina. Mentas insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

_____. *Discriminação racial nas relações de trabalho*. Equipo Federal del Trabajo – Facultad de Ciencias Sociales-UNLZ- Año IV Número 40 (2008), p. 09-23.

SOARES, Natália Lourenço. *Uma relação entre o tipo ideal de legislação de Jeremy Waldron e o juiz - modelo Hércules de Ronald Dworkin*. Disponível em:
<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/politica_natalia_soares.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Venceslau Alves de. Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 27, Nov. 2006. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 out. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teoria discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Juízes precisam observar regras e não ceder a clamores: entrevista*. [2 de março de 2007]. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em:
<www.conjur.com.br>. Acesso: 15 set. 2010.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: NY University Press, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De La démocratie em Amérique*. 16. ed. Paris: Michel Lévi Frères, 1874.

_____. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Madrid: Dykinson, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre as ações constitucionais e sua efetividade. In: DIDIER JR., Fredie (org). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto. Fundação estatal no serviço público de saúde: Inconsistências e inconstitucionalidades. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 10, n. 1, p. 81-97, mar./jul. 2009.