

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUÍS AUGUSTO TEIXEIRA MORAIS

A teoria de John Rawls e a justiça das decisões do STF nos pedidos de medicamentos de alto custo: o mínimo existencial e a reserva do possível diante da integralidade e da universalidade do direito à saúde

Ribeirão Preto

2019

LUÍS AUGUSTO TEIXEIRA MORAIS

A teoria de John Rawls e a justiça das decisões do STF nos pedidos de medicamentos de alto custo: o mínimo existencial e a reserva do possível diante da integralidade e da universalidade do direito à saúde

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Profa. Dra. Cristina Godoy Bernardo de Oliveira

Ribeirão Preto

2019

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio, convencional ou eletrônico, para quaisquer fins, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M827t **Morais, Luis Augusto Teixeira**
A teoria de John Rawls e a justiça das decisões do STF nos pedidos de medicamentos de alto custo: o mínimo existencial e a reserva do possível diante da integralidade e da universalidade do direito à saúde / Luis Augusto Teixeira Moraes; orientadora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira. -- Ribeirão Preto, 2019.
185 p.

Dissertação (Mestrado - Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.

1. DIREITO À SAÚDE. 2. DECISÃO JUDICIAL. 3. JOHN RAWLS.
4. STF. 5. TEORIA DA JUSTIÇA. I. Oliveira, Cristina Godoy Bernardo de, orient. II. Título

Nome: MORAIS, Luís Augusto Teixeira

Título: A teoria de John Rawls e a justiça das decisões do STF nos pedidos de medicamentos de alto custo: o mínimo existencial e a reserva do possível diante da integralidade e da universalidade do direito à saúde

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À minha amada Priscilla pelo incomensurável apoio que sempre me oferece.

À minha adorada mãe Ana Rita por seu incondicional amor.

Aos meus queridos irmão e sobrinhos, Leonardo, Francisco e Stella.

Aos meus estimados Osmar, Josefina e Ana Beatriz pelo carinho e compreensão.

AGRADECIMENTOS

À Professora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira por sua orientação, que nos anos de convivência, muito me ensinou, contribuindo para meu crescimento científico e intelectual.

Ao Professor Jonathan Hernandes Marcantonio, por seu auxílio no início do mestrado e sua amável atenção.

Aos Professores da banca examinadora pelas contribuições no exame de qualificação.

Ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, pela oportunidade de realização do curso de mestrado.

A todos os professores e funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, que possibilitam a existência deste Programa de mestrado.

“Não acredite em algo simplesmente porque ouviu. Não acredite em algo simplesmente porque todos falam a respeito. Não acredite em algo simplesmente porque está escrito em seus livros religiosos. Não acredite em algo só porque seus professores e mestres dizem que é verdade. Não acredite em tradições só porque foram passadas de geração em geração. Mas, depois de muita análise e observação, se você vê que algo concorda com a razão e que conduz ao bem e benefício de todos, aceite-o e viva-o.”

Buda

RESUMO

MORAIS, Luís Augusto Teixeira. **A teoria de John Rawls e a justiça das decisões do STF nos pedidos de medicamentos de alto custo: o mínimo existencial e a reserva do possível** diante da integralidade e da universalidade do direito à saúde. 2019. 185 f. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

A dissertação de mestrado buscou trazer à luz das análises sobre justiça alguns aspectos relevantes envolvidos no direito à saúde, utilizando-se para tanto, a teoria da justiça como equidade proposta por John Rawls, em seu livro “Uma teoria da justiça”. Dessa forma, analisou-se a justiça do direito à saúde, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, principalmente em relação aos princípios da universalidade e da integralidade, vistos sob a ótica do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como a justiça das decisões do STF sobre pedidos de medicamentos de alto custo. Na teoria de Rawls o mínimo existencial pode ser equiparado ao mínimo social, que é regido pelo princípio da igualdade, e a reserva do possível a um princípio que visa a impedir o exagero na tributação ao evitar a extrapolação do mínimo social/existencial, conceitos que se contextualizam com a racionalização da distribuição dos direitos sociais, que passaram a ser considerados apenas aqueles fundamentais a uma vida digna. Rawls não consegue elaborar uma teoria plenamente contrária ao utilitarismo, como desejava, mas consegue mitigá-lo com o uso da equidade da distribuição, importante para as decisões envolvendo questões de justiça. Por isso, defende-se que sua teoria possa ser utilizada como um guia para a decisão judicial, já que possui importantes diretrizes morais - os princípios de justiça. Entretanto, a necessidade de que os tratamentos de saúde disponibilizados pelo Estado sejam definidos de acordo com critérios técnico-científicos limita a avaliação pelo Judiciário sobre a terapêutica solicitada e ainda não incorporada às políticas do SUS, já que a decisão judicial não é apropriada à incorporação de novas tecnologias de saúde, sendo que as limitações nesta área não se dão no âmbito normativo ou político, mas, sobretudo, devido à necessidade de decisões balizadas por uma metodologia científica. Assim, o papel do Judiciário é o de fazer cumprir a política pública e de determinar que os estudos de incorporação sejam iniciados, respeitando-se a decisão final do órgão técnico, caso este entenda por não recomendar a incorporação de um medicamento. No estudo das decisões do STF buscou-se verificar a existência de análises de princípios relativos à equidade e, sobretudo, das consequências trazidas aos menos favorecidos, pessoas que necessitam do SUS para obter o mais básico tratamento de saúde, das adjudicações individuais de medicamentos de alto custo, que retiram recursos que garantem o acesso a medicamentos e tratamentos já incorporados, que se considera como o mínimo existencial. Conclui-se que as decisões do STF analisadas se distanciam da justiça como equidade proposta por Rawls, pois, em vista da escassez de recursos, não se privilegia o mínimo social, o que causa prejuízos aos menos favorecidos, justamente o que Rawls tenta evitar com sua teoria.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Decisão Judicial. John Rawls. STF. Teoria da Justiça.

ABSTRACT

MORAIS, Luís Augusto Teixeira. **John Rawls's theory and the justice of the decisions of the Brazilian Supreme Court in the requests of high-cost drugs: the existential minimum and the reserve possible in the face of the integrality and the universality of the right to health.** 2019. 185 f. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

The dissertation sought to bring to the light of the analysis of justice some relevant aspects involved in the right to health, using for that, the theory of justice as equity proposed by John Rawls in his book "A theory of justice." In this way, the justice of the right to health established by the Federal Constitution of 1988 was analyzed, mainly in relation to the principles of universality and integrality, viewed from the perspective of the existential minimum and the reserve possible, as well as the justice of decisions of the Brazil's Court Supreme on requests for high-cost drugs. In Rawls's theory, the existential minimum can be equated with the social minimum, which is governed by the principle of equality, and the reserve possible to a principle that seeks to prevent the exaggeration in taxation by avoiding the extrapolation of the social / existential minimum, concepts that are contextualized with the rationalization of the distribution of social rights, which have come to be considered only those fundamental to a decent life. Rawls fails to elaborate a theory that is wholly contrary to utilitarianism, as he wished but is able to mitigate it with the use of fairness of distribution, which is important for decisions involving questions of justice. Therefore, it is defended that its theory can be used as a guide for the judicial decision since it has important moral guidelines - the principles of justice. However, the need for health treatments provided by the State to be defined according to technical-scientific criteria limits the evaluation by the Judiciary of the therapy requested and not yet incorporated into SUS policies, since the judicial decision is not appropriate to the incorporation of new health technologies, and the limitations in this area do not occur in the normative or political scope, but, mainly, due to the necessity of decisions guided by a scientific methodology. Thus, the role of the Judiciary is to enforce public policy and to determine that incorporation studies are initiated, respecting the final decision of the technical body if it considers not recommending the incorporation of a drug. In the study of Court Supreme decisions, we tried to verify the existence of analyzes of principles regarding equity and, above all, the consequences brought to the less favored, people who need the SUS to obtain the most basic health treatment, individual awards of medicines of high cost, which have withdrawn resources that guarantee access to drugs and treatments already incorporated, which is considered as the minimum existential. It is concluded that the decisions of the Court analyzed distanced themselves from justice as fairness proposed by Rawls, because, given the scarcity of resources, the social minimum is not privileged, which causes damage to the less favored, precisely what Rawls tries to avoid with his theory.

Keywords: Right to Health. Judicial Decision. John Rawls. Brazilian Federal Supreme Court. Theory of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS	29
1.1 A importância de “Uma teoria da justiça” de John Rawls	29
<i>1.1.2 O percurso filosófico de John Rawls</i>	32
1.2 Principais conceitos da teoria da justiça como equidade de John Rawls	34
<i>1.2.1 Uma teoria liberal focada no indivíduo</i>	34
<i>1.2.2 A sociedade e sua estrutura</i>	36
<i>1.2.3 O consenso original e a posição original</i>	37
<i>1.2.4 Os princípios da justiça escolhidos na posição original</i>	41
<i>1.2.5 O mínimo social e os bens primários</i>	44
<i>1.2.6 Interpretação do mínimo social rawlsiano por Torres</i>	50
1.3 As críticas à teoria da justiça como equidade de Rawls	51
<i>1.3.1 As Críticas libertárias à teoria de Rawls</i>	51
<i>1.3.2 A crítica comunitária à teoria de Rawls</i>	54
<i>1.3.3 Críticas da vertente econômica à teoria de Rawls</i>	59
<i>1.3.4 A crítica de Posner à teoria da justiça como equidade de Rawls</i>	61
1.4 A teoria da justiça: equidade como técnica de decisão judicial	67
2 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E SUA HERMENÊUTICA	75
2.1 Os direitos fundamentais e os direitos sociais e econômicos	75
2.2 O mínimo existencial	79
2.3 A reserva do possível	83
2.4 O conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível	84
2.5 Os direitos sociais e sua sindicabilidade	87
<i>2.5.1 A aplicabilidade da norma constitucional relativa ao direito à saúde</i>	95

3 O DIREITO À SAÚDE - UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	99
3.1 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.....	99
3.2 O acesso universal e igualitário à saúde	101
3.3 Integralidade.....	106
3.4 O mínimo existencial e a reserva do possível em relação ao direito à saúde	109
3.5 Critérios para incorporação de novas tecnologias médicas pelo SUS	112
4 O DIREITO À SAÚDE, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS	115
4.1 O mínimo existencial e a reserva do possível na teoria da justiça como equidade de Rawls	115
4.2 Enquadramento do direito à saúde na teoria de Rawls e a aplicação dos seus princípios de justiça	118
4.3 Questões acerca da justiça da abrangência da prestação de saúde	121
5 O QUADRO ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO STF: OS ARGUMENTOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL ...	129
5.1 A judicialização do direito à saúde no STF.....	129
<i>5.1.1 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45MC/DF de 29 de abril de 2004, Relator Min. Celso de Mello</i>	<i>131</i>
<i>5.1.2 Pedido de Suspensão de Segurança STA 50/PA de 07 de novembro de 2005, Min. Presidente Nelson Jobim.....</i>	<i>132</i>
<i>5.1.3 Suspensão da Tutela Antecipada - STA n. 91 de 28 de fevereiro de 2007, Min. Presidente Ellen Gracie</i>	<i>133</i>
<i>5.1.4 Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175 AgR/CE de 17 de março de 2010, Min. Relator Gilmar Mendes</i>	<i>134</i>
<i>5.1.5 Agravo Regimental na Suspensão Liminar nº 47 de 17 de março de 2010, Min. Relator Gilmar Mendes.....</i>	<i>135</i>
5.2 A utilização dos argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial pelo STF e sua aderência aos princípios da justiça como equidade de John Rawls	136

5.3 As decisões do STF sobre medicamentos de alto custo.....	138
<i>5.3.1 Resumo das decisões analisadas e dos impactos financeiros gerados pelos pedidos</i>	139
<i>5.3.4 Principais fundamentos das decisões analisadas</i>	151
CONCLUSÃO.....	165
REFERÊNCIAS	179

INTRODUÇÃO

O Direito à saúde e sua disponibilização por parte do Estado, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, tem suscitado uma série de debates sobre seus limites jurídicos. Entretanto, os debates que envolvem questões de justiça parecem ficar prejudicados, apesar de a saúde pública ser uma área bastante rica nessas questões.

Nesse sentido, uma abordagem filosófica, de uma perspectiva político-normativa, pode contribuir para o entendimento mais aprofundado do assunto, principalmente para saber como ele é tratado no âmbito judicial. Assim, têm-se relevância prática nas formulações filosóficas sobre justiça e saúde (LUCCA-SILVEIRA, 2017).

As reivindicações na área da saúde são demandas prioritárias de justiça, entre outros motivos por estarem restritas pela escassez de recursos (LUCCA-SILVEIRA, 2017), e isso tem motivado diversas teorias, principalmente, as utilitaristas e aquelas envolvidas na análise econômica do direito a buscarem argumentos que possam propiciar a maior utilidade ou a maior eficiência.

Consequentemente, a busca pela eficiência e redução dos gastos públicos tem levado o Poder Judiciário a se deparar com uma série de argumentos que visam a limitar o acesso do cidadão a certos direitos sociais previstos constitucionalmente.

A visão consequencialista, principalmente, aquela relacionada aos custos dos direitos (eficiência econômica), tem-se incorporado paulatinamente às decisões do Poder Judiciário, reflexo de medidas que visam garantir a diminuição da responsabilidade do Estado na consecução de políticas distributivas.

Dois argumentos muito utilizados, principalmente pelas Fazendas Públicas em sua defesa nas ações judiciais que analisam pedidos de prestações sociais pelo Estado, sobretudo naquelas decorrentes do direito à saúde, são o mínimo existencial e a reserva do possível, que visam limitar as prestações estatais aos direitos fundamentais mais básicos e à sua capacidade econômico-financeira e orçamentária.

A escolha utilitarista desses argumentos é perceptível, dado que há a opção de se aumentar a “felicidade” de um número maior de indivíduos, mesmo que em detrimento da saúde de outros tantos, o que resultaria em um maior saldo líquido de satisfação, que seria

aumentado ainda mais pelo estabelecimento de freios a um possível crescimento da tributação para bancar maiores gastos públicos.

No mesmo sentido do utilitarismo, para a corrente consequencialista/eficientista, o gasto realizado pelo Estado deve ser eficiente no sentido de abranger a maior quantidade de pessoas, como, por exemplo, no tratamento de saúde que abranja doenças mais comuns e de controle relativamente fácil e barato.

Entretanto, para Rawls, a escolha utilitarista afasta-se dos argumentos de justiça, e por isso, propõe uma teoria que, prioritariamente, leve em conta a justiça como equidade na distribuição do resultado da cooperação social, bem como dos deveres dela advindos. Para tanto, é necessário que haja igualdade no gozo das liberdades, que as oportunidades sejam equitativamente distribuídas e que os mais favorecidos somente sejam beneficiados se este benefício puder elevar as expectativas dos menos favorecidos.

É bastante difícil afirmar a prioridade da igualdade no gozo das liberdades fundamentais, como faz Rawls em “Uma teoria da justiça”, quando as condições materiais mínimas relativas à alimentação, habitação, saúde e educação não são atendidas. Assim, é claro que as liberdades fundamentais não podem ser exercidas na ausência de um mínimo de garantias materiais aos cidadãos.

Nessa perspectiva, Rawls, em “O Liberalismo Político” afirma que poderia haver um princípio anterior ao princípio da igualdade que tivesse por objetivo prover os cidadãos de um mínimo social (RAWLS, 2011).

Não obstante, crê-se que não há necessidade de um princípio anterior ao princípio da igualdade. Assim como Torres (2003), defende-se que o fundamento do mínimo social (existencial) pode ser encontrado a partir da própria interpretação do princípio da igualdade. O mínimo social, que é considerado o núcleo mais fundamental dos bens primários, deve ser regido pelo princípio da igualdade, ou seja, o mínimo social deve ser distribuído a todos de maneira igual, pois deve ser composto por uma quantidade e uma diversidade de bens que garantam a existência digna a todos, sendo que, somente a partir desse patamar mínimo é que as diferenças poderiam começar a ocorrer, mas ainda assim, respeitando as limitações do princípio da diferença, no que diz respeito às desigualdades poderem propiciar a elevação das expectativas dos menos favorecidos.

A Constituição Federal de 1988 concedeu alguns direitos sociais fundamentais como o direito à saúde, que é fornecido gratuitamente a todos pelo Estado e estipulado como um

direito universal e integral, isto é, direito de todos os cidadãos, independentemente, de sua posição social, sendo que ricos e pobres possuem acesso pleno aos serviços públicos de saúde, ou seja, é distribuído igualmente, sem levar em consideração qualquer particularidade de quem os recebe.

Assim, pode-se compreender que a Constituição de 1988 está em consonância com o princípio da igualdade na distribuição do mínimo social em saúde, permitindo um acesso universal a bens que têm a importante função de garantir o exercício e o gozo das liberdades fundamentais.

Entretanto, em relação à integralidade, questiona-se até que ponto o Estado está obrigado a fornecer tratamentos de saúde? O conceito de integralidade é coerente com um mínimo social que permite o exercício das liberdades fundamentais e a vida digna? Em outras palavras, qual o mínimo tratamento de saúde garante o gozo e o exercício pleno das liberdades fundamentais e a dignidade da pessoa humana?

Entende-se que um dos grandes desafios da justiça é saber a quantidade e a diversidade de bens primários que compõem o mínimo social, e, especificamente, em relação à saúde, conforme o recorte do presente trabalho. Ou seja, descobrir quantos e quais tratamentos compõem o mínimo existencial em saúde deve ser uma das perguntas a serem respondidas, se isso for possível.

Para alguns doutrinadores, a interpretação constitucional que defende a integral atenção à saúde do cidadão tem suscitado uma enorme quantidade de processos relativos a pedidos de tratamento, incluindo medicamentos e tratamentos específicos não fornecidos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), como aqueles não fabricados no Brasil, não comprovados cientificamente, não comercializados ou não registrados nos órgãos reguladores, como a Anvisa - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Os tratamentos médicos que estão fora das políticas estabelecidas pelo SUS, quando garantidos pelos juízos de todo o país, conforme autores como Scaff, Wang, Lopes entre outros, criam desequilíbrios orçamentários a municípios e estados, que passam a alegar, na maioria das defesas, que há uma reserva do possível que limita a oferta de tratamentos e que o mínimo existencial foi ultrapassado.

Assim, diferentes interpretações da Constituição surgem para tentar limitar ou expandir o pacote de serviços em saúde disponibilizado aos cidadãos. Porém, para Castro

(2012) uma vez identificado o mínimo existencial em saúde esse direito deve ser satisfeito, não se admitindo qualquer restrição, pois essa é uma exigência do ordenamento jurídico.

Em vista dessa situação, o presente trabalho tentará, a partir da teoria da justiça como equidade de Rawls, verificar i) se o mínimo existencial e a reserva do possível estão presentes nesta teoria e como se apresentam; ii) o que são a universalidade e a integralidade garantidas pela Constituição Federal de 1988 e se elas se adéquam ao conceito de mínimo social rawlsiano e são abrangidas nas políticas do SUS; e, a partir dessas verificações iii) analisar se a adjudicação ou não de tratamentos de saúde pelo Supremo Tribunal Federal é justa, na medida em que leva em consideração os argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial.

Dada a limitação de tempo, tentar-se-á responder a essas questões com a análise de algumas das decisões mais importantes do STF em relação a pedidos de medicamento de alto custo ocorridas nos últimos 5 (cinco) anos, de 24/05/2014 à 24/05/2019, e que possuam em sua discussão aos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível ou argumentos que os tangenciem.

Para tanto foram feitas duas pesquisas no portal do Supremo Tribunal Federal, conforme endereço <http://portal.stf.jus.br/>.

Na primeira pesquisa, o campo “pesquisa livre” foi preenchido com o seguinte termo de pesquisa: *medicamento e alto custo*, no campo “data”, foram informadas as datas acima referidas, no campo “legislação” foi selecionada a *Constituição Federal de 1988* e informado o *artigo 196*, e, por fim, foram selecionados todos os tipos de decisão.

A pesquisa resultou em 4 (quatro) *acórdãos*, 103 (cento e três) *decisões monocráticas*, 15 *decisões da presidência* e 1 (uma) *Repercussão Geral*. Importante informar que, novamente, devido à limitação temporal, optou-se por incluir na leitura seletiva as decisões que cumpriram os seguintes critérios: que possuíam no texto da decisão, uma das seguintes expressões, utilizando-se para isso a ferramenta de pesquisa do “Adobe Acrobat Reader DC”: “mínimo existencial” ou “reserva do possível” ou “orçamento” ou “equidade”, sendo que foram incluídos na leitura seletiva 3 *acórdãos*; 21 *decisões monocráticas*; 9 *decisões da presidência*; e a única decisão que a pesquisa retornou, que estabelece a repercussão geral do tema “solidariedade dos entes federativos no custeio de tratamentos de saúde”, conforme RE 855.178 RG / SE, Relator(a): Min. Luiz Fux, Julgamento: 05/03/2015,

Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico, em que se estabeleceu a seguinte tese em 23 de maio de 2019:

[...] o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): "Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019.

Em uma segunda pesquisa no portal do STF foi preenchido no campo “pesquisa livre” o seguinte termo de pesquisa: *medicamento e alto custo e reserva do possível e mínimo existencial*, no campo “data”, foram informadas as datas acima referidas, no campo “legislação” não foi selecionada nenhuma legislação e, por fim, foram selecionados todos os tipos de decisão.

A pesquisa resultou em 11 (onze) *decisões monocráticas* e em 3 (três) *decisões da presidência*. Nas decisões trazidas, houve repetição de 5 (cinco) *decisões monocráticas* e de 1 (uma) *decisão da presidência* trazidas na primeira pesquisa.

Foi realizada a leitura seletiva de 6 (seis) *decisões monocráticas* e de 2 (duas) *decisões da presidência*, que na verdade se tratavam do mesmo STP 101 ES (Suspensão de Tutela Provisória) sendo que a primeira decisão tratou da medicada cautelar, ou seja, negou suspensão liminar da tutela provisória e a segunda decisão confirmou a negativa de suspensão.

A leitura seletiva buscou as decisões de maior impacto dentre aquelas que discutiram pedidos de medicamentos de alto custo sob a perspectiva da reserva do possível, do mínimo existencial, da equidade, dos limites orçamentário/financeiros ou de temáticas que as tangenciavam.

Foram descartadas na leitura seletiva as decisões de cunho estritamente processual, ou seja, nas quais não foram discutidos quaisquer pontos em relação ao mérito, bem como as decisões cujo objeto não foi medicamento de alto custo e aquelas em que não houve discussão em relação ao alto custo, ao mínimo existencial e à reserva do possível, não importando se em sua vertente orçamentário-financeira ou relativa à separação de poderes.

Após a leitura seletiva sobraram 10 decisões para análise aprofundada conforme a teoria da justiça como equidade de John Rawls.

Pela relevância das decisões, foram incluídas: STP 24 MC / MG - Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória, Relator(a): Min. Presidente, Julgamento: 25/04/2018; STA 761 / DF - Suspensão de Tutela Antecipada, Relator(a): Min. Presidente, Julgamento: 26/11/2014; e SS 4972 / SP - Suspensão de Segurança, Relator(a): Min. Presidente, Julgamento: 10/12/2014, resultando em 13 (treze) decisões para análise aprofundada.

Dessa forma, objetiva-se verificar se estas decisões são justas no sentido de adjudicar tratamentos que se amoldem ao mínimo social, isto é, que não fiquem nem além e, nem tampouco, aquém do patamar mínimo. Não obstante, objetiva-se também saber se a reserva do possível pode ser utilizada para impedir que se garanta o mínimo existencial, ou quando isso é admitido.

Em suma, pretende-se com a dissertação de mestrado entender os argumentos do “mínimo existencial” e da “reserva do possível” em casos de pedidos de tratamento de saúde julgados pelo STF, a partir da teoria da justiça como equidade e seus princípios de justiça, bem como verificar a capacidade desta teoria em balizar a decisão judicial em saúde.

O objetivo pretendido será alcançado por meio da análise do material doutrinário, legislativo e jurisprudencial (jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) referente ao tema direito à saúde, mais especificamente aos pedidos de medicamentos de alto custo julgados nos últimos 5 (cinco) anos, utilizando-se para sua interpretação a Filosofia Política, especificamente a teoria da justiça como equidade de John Rawls.

O trabalho está estruturado em cinco capítulos, sendo que o capítulo 1 tratará da importância da teoria da justiça como equidade de John Rawls, principalmente no campo político-normativo, bem como revelará alguns aspectos de sua teoria de importância para as futuras análises desta dissertação; pretende-se também apresentar um plano geral da crítica à sua teoria, na visão dos comunitaristas e dos libertários, para, após, concentrar na crítica realizada por Richard Posner, um dos principais ideólogos da Análise Econômica do Direito, que propôs uma teoria da justiça substituta tanto ao utilitarismo quanto às teorias neokantianas, cujo o objetivo central é a maximização de riquezas. O Capítulo 2 abordará a teoria dos direitos sociais fundamentais e sua hermenêutica, sendo que serão introduzidos e discutidos os conceitos do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como as tensões existentes entre eles. Abordar-se-á também a aplicabilidade das normas sobre direitos sociais com foco no direito à saúde. O Capítulo 3 abordará o direito à saúde presente na Constituição Federal de 1988, com a apresentação de seus princípios, em especial a universalidade e a

integralidade e cotejá-los com os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. Pretende-se também demonstrar, de forma breve, os critérios de incorporação de novas tecnologias médicas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O Capítulo 4 pretende verificar a presença dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível na teoria da justiça como equidade de John Rawls e como eles são entendidos. Pretende também apresentar o direito à saúde na teoria rawlsiana e como os princípios da igualdade e da diferença se aplicam às questões da abrangência do direito à saúde (universalidade e integralidade). Por fim, o capítulo 5 objetiva tratar a judicialização do direito à saúde no STF e verificar como os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível, em vista da necessária equidade, estão sendo aplicados por este Tribunal. Para tanto, serão trazidas algumas decisões paradigmáticas do STF sobre o direito à saúde, com a demonstração do seu desenvolvimento interpretativo ao longo do tempo. Neste capítulo, ainda, serão analisadas 13 decisões do STF, dos últimos cinco anos, sobre pedidos de medicamentos de alto custo, conforme critério de seleção, anteriormente, especificados.

1 A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

No presente capítulo pretende-se ressaltar a importância de “Uma teoria da justiça” no campo da teoria político-normativa e introduzir a teoria da justiça como equidade como etapa anterior a qualquer problematização.

Assim serão levados ao conhecimento do leitor alguns conceitos do utilitarismo e a exposição dos fundamentos pelos quais Rawls rechaça esta visão, bem como os principais conceitos presentes na teoria da justiça como equidade formulada pelo autor em sua obra “Uma teoria da justiça”, de 1971, marco teórico da dissertação.

O capítulo ainda traz as principais críticas levantadas pelos libertários, pelos comunitários e pela teoria econômica, com ênfase nas críticas realizadas por Richard Posner, que pretendeu que sua teoria da justiça como eficiência fosse um melhor substituto ao utilitarismo do que a teoria da justiça proposta por Rawls, algo que não ocorreu devido ao fato de ter abandonado a visão efficientista e maximizadora de riquezas e se voltado ao pragmatismo.

1.1 A importância de “Uma teoria da justiça” de John Rawls

Segundo Álvaro de Vita (2016), não é, sequer, possível formular problemas na área da reflexão normativa (teoria política normativa) sem partir da teoria da justiça formulada por John Rawls, que veio preencher um vazio de quase um século na área, por razões metodológicas (intelectuais e teóricas) e substantivas (clima político e ideológico).

Mais especificamente, no campo metodológico havia um grande ceticismo sobre a possibilidade de examinar e discutir racionalmente valores e julgamentos avaliativos, devido ao predomínio quase absoluto do positivismo lógico no campo da filosofia analítica, que vislumbrava somente duas proposições dotadas de conteúdo cognitivo: a analítica e a sintética ou empírica (metodologia científica), sendo que os julgamentos avaliativos da ética e da teoria política não apresentavam natureza cognitiva, pois exprimiam apenas sentimentos de aprovação ou desaprovação (VITA, 2016).

Consequentemente, a ciência política empírica ganhou força no século XX, especialmente nos Estados Unidos com o “behaviorismo”, que desenvolvia a observação de regularidades no comportamento político e passou a ser provedora de primeira ordem de conhecimento político, cabendo à filosofia ou à teoria política, dominada pelo positivismo

lógico, apenas tarefas de menor importância - intelectualmente pouco desafiadoras e isentas de qualquer esforço teórico-normativo (VITA, 2016).

Acreditava-se naquela época, que um consenso último havia sido estabelecido sobre os fins da política e que as controvérsias se resumiriam a estabelecer os meios mais eficazes para alcançar aqueles fins - tarefa das ciências sociais empíricas. No entanto, o conflito entre valores políticos centrais da tradição democrática ocidental, como por exemplo, o equilíbrio das exigências de liberdade e igualdade, permanecia sendo um problema a ser solucionado, apesar de muitos crerem ser insolúvel ou que apenas o utilitarismo teria as respostas corretas (VITA, 2016).

Assim, o livro de Rawls “Uma teoria da justiça” é considerado o grande marco no ressurgimento da teoria política, pois passa a articular uma perspectiva normativa alternativa ao pensamento utilitarista dominante (VITA, 2016).

O padrão de justificação dos julgamentos normativos utilizados por Rawls baseou-se em uma noção de acordo ou de aceitabilidade razoável, restabelecendo os valores e julgamentos normativos na política como uma dimensão merecedora de discussão racional. Consequentemente, nas décadas seguintes à sua publicação surgiu um expressivo debate, principalmente nos campos da fundamentação e da moralidade política substantiva (VITA, 2016).

Os aspectos mais controversos e intelectualmente mais ambiciosos do projeto de Rawls fizeram de “Uma teoria da justiça” um marco no renascimento da teoria política normativa e uma das razões de sua importância está em sua atitude metodológica, que é vigorosamente orientada por problemas (VITA, 2016).

Comprova tal atitude metodológica o fato de que em sua teoria da justiça, Rawls propôs-se a enfrentar três problemas centrais: i) encontrar a concepção de justiça política e social mais apropriada para a estrutura básica da sociedade e sua justificação dentro de uma racionalidade apropriada ao domínio da reflexão normativa; ii) encontrar os arranjos institucionais necessários para aplicar os dois princípios de justiça; e iii) verificar a estabilidade normativa de uma sociedade cuja estrutura básica realizasse as exigências dos dois princípios de justiça, ou seja, a disposição geral dos cidadãos em cumprir, independentemente de coerção, as exigências de instituições justas, principalmente, quando o cumprimento conflitasse com seus próprios interesses ou com a doutrina de bem que considerasse verdadeira (VITA, 2016).

Assim, Rawls propôs-se a demonstrar que uma determinada configuração de valores é preferível a outra, ao menos em uma sociedade democrática, buscando articular uma teoria que demonstrasse as razões pelas quais os cidadãos de uma sociedade democrática deveriam considerar mais razoável determinada configuração de valores políticos (concepção de justiça política e social) do que outra (VITA, 2016).

Os principais teóricos enfrentados por Rawls são Bentham e Sidgwick, no utilitarismo e diferentes versões de doutrinas morais e políticas perfeccionistas, que atribuem à autoridade política o papel de guiar os membros da comunidade, por meio da distribuição de recursos e oportunidades, na direção de um ideal de excelência prescrito por eles mesmos (VITA, 2016).

Rawls estabelece uma crítica ao papel do Estado no perfeccionismo, afirmando que os cidadãos podem discordar sobre a melhor forma de viver e devem fazer um acordo dos termos equitativos de cooperação social que permita, a cada qual, viver conforme suas próprias convicções, mas em igual *status* social (VITA, 2016).

Nesse sentido, a matriz da teoria da justiça proposta por Rawls é o contratualismo, que pretendeu generalizar e elevar a um patamar superior ao do contratualismo tradicional, aos moldes de Locke, Rousseau e Kant, com compromissos normativos substantivos baseados na teoria liberal-igualitária (VITA, 2016).

O ponto de partida da argumentação normativa de Rawls é a igualdade humana fundamental, sendo que uma sociedade justa ou democrática é formada por instituições sociais, econômicas e políticas que tratam seus membros como pessoas moralmente iguais e possuem arranjos que oferecem o suporte necessário para que cada um seja capaz de fazer de sua vida aquilo que sua convicção moral desejar (VITA, 2016).

Assim, em “Uma teoria da justiça” Rawls esforça-se para extrair uma concepção de justiça da noção abstrata de igualdade humana fundamental, pois para o autor não é justo, em uma sociedade democrática, que as pessoas sofram os efeitos das desigualdades naturais e socioeconômicas que estão fora de seu controle (VITA, 2016).

1.1.2 O percurso filosófico de John Rawls

Estudo recente baseado em arquivos pessoais e artigos não publicados, arquivados na Universidade de Harvard, tornou possível traçar o percurso filosófico realizado por John Rawls até sua obra “Uma teoria da justiça” (BEVIR; GALISANKA, 2012).

O estudo revela que posicionar Rawls como tendo resgatado a filosofia política das mãos do positivismo lógico ou, por outro lado, que ele se filiava integralmente à abordagem lógico-positivista da filosofia analítica, são proposições extremadas e que não condizem com o real desenvolvimento de sua teoria (BEVIR; GALISANKA, 2012).

No estudo, os autores argumentam que onde se vê Rawls como um detrator do positivismo lógico, enxerga-se em seu projeto inicial o modernismo e o positivismo do Círculo de Viena e onde se vê Rawls como um adepto do positivismo lógico e da filosofia analítica, enxerga-se que ele seguiu o pensamento de Quine e Wittgenstein e suas posições naturalistas e holísticas, que vieram a caracterizar a filosofia pós-analítica, na rejeição do positivismo (BEVIR; GALISANKA, 2012).

O positivismo lógico ajuda a explicar alguns conceitos centrais da Teoria da justiça rawlsiana, incluindo "homem racional", "julgamentos ponderados" e “posição original”, que o auxiliaram na identificação de princípios formais, os princípios de justiça, e sua ordenação lexical (BEVIR; GALISANKA, 2012).

No entanto, Rawls encontrou alguns problemas diante do positivismo, como a não exigência de qualquer justificação ética dos princípios, que foram resolvidos a partir de posições pós-analíticas, sobretudo com o naturalismo de Wittgenstein, cujo relato sobre as emoções serviu para explicar e legitimar o acordo no qual os princípios foram escolhidos, e o holismo de Quine, para uma justificação sistêmica e integradora dos princípios éticos (BEVIR; GALISANKA, 2012).

Em 1946, Rawls inicia seus estudos de pós-graduação no Departamento de Filosofia da Universidade de Princeton, após passar quase três anos em serviço militar no Pacífico Sul, experiência que corroeu suas crenças, levando-o a não mais acreditar em um deus cristão (BEVIR; GALISANKA, 2012).

Naquela época, Rawls almejava encontrar uma base ética objetiva para sua moralidade, encontrando-a na filosofia, principalmente, nos debates em torno do naturalismo

reducionista e do intuicionismo, que logo foram rejeitados por ele (BEVIR; GALISANKA, 2012).

A alternativa de Rawls, então, baseou-se na corrente positivista lógica dentro das modificações do pensamento modernista, que dava pouca relevância aos contextos históricos em suas explicações sobre os fenômenos sociais (BEVIR; GALISANKA, 2012).

Porém, a ousada ideia de Rawls foi estabelecer uma analogia entre o raciocínio científico e o raciocínio ético e, assim, atribuir objetividade científica às críticas éticas (BEVIR; GALISANKA, 2012).

Ele acreditava que uma teoria ética adequada explicaria e anteciparia os julgamentos éticos, sendo tal teoria uma espécie de conjunto formal de axiomas e princípios a partir do qual se poderia deduzir tais julgamentos (BEVIR; GALISANKA, 2012).

Rawls argumentava que, se certos julgamentos morais feitos com grande facilidade, como, por exemplo, entender que o racismo é injusto, pudessem implicar em princípios mais gerais, então o recurso a esses princípios para resolver casos em que não houvesse tanta certeza, como o entendimento sobre a justiça distributiva, seria uma espécie de teste empírico que possibilitaria afirmar a objetividade da ética (BEVIR; GALISANKA, 2012).

Rawls pensava que "Uma Teoria da Justiça" transcendia ao contexto histórico em que fora escrita; insinuou que seus princípios de justiça se aplicariam a todos os tempos e descreveu o seu projeto como a análise dos julgamentos ponderados feitos por homens racionais. Dessa forma, posicionar Rawls na tradição positivista lógica torna inteligível esta combinação de a-historicismo e contextualismo (BEVIR; GALISANKA, 2012).

Na década de 1970, o declínio do modernismo e a ascensão de temas pós-analíticos encorajaram alguns filósofos a olhar novamente para o idealismo, a fenomenologia, a hermenêutica e o pragmatismo, o que foi feito por Rawls levando filósofos de diversos matizes a expressarem sua admiração por sua obra, apesar de se queixarem de sua não historicidade (BEVIR; GALISANKA, 2012).

No imaginário atual, Rawls frequentemente aparece como o matador ou como o guardião de uma filosofia analítica positivista. Ambos os pontos de vista são, em alguns aspectos, corretos. Bevir e Galisanka (2012) sugerem que é filosoficamente e historicamente mais proveitoso vê-lo como um positivista fazendo concessões a temas pós-analíticos, mas ainda buscando teorias formais que mais tarde, lançaria contra as várias tentativas de reintroduzir o historicismo sem sua teleologia idealista.

1.2 Principais conceitos da teoria da justiça como equidade de John Rawls

1.2.1 Uma teoria liberal focada no indivíduo

Para Rawls (2016) a estrutura de uma teoria ética é determinada pelo modo como ela define e interliga o justo e o bem. Porém, para as teorias teleológicas o bem se define independentemente do justo, que é visto como aquilo que é capaz de maximizar o bem.

As teorias teleológicas possuem um apelo intuitivo, pois parecem incorporar a ideia de racionalidade. A teoria utilitarista considera as avaliações sobre o bem como que operadas intuitivamente pelo senso comum e concordam que o bem pode ser maximizado pelo justo (RAWLS, 2016).

Assim, justas de acordo com o utilitarismo, são as instituições e as ações que das alternativas retiram o maior bem, sendo que a sociedade está bem ordenada quando suas instituições mais importantes são planejadas para alcançar o maior saldo líquido de satisfação, apurado a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros (RAWLS, 2016).

Para o utilitarismo a finalidade da cooperação social é a máxima satisfação da soma dos desejos racionais individuais, porém, não se importa em como essa soma de satisfações se distribui entre os indivíduos e ao longo do tempo (RAWLS, 2016).

Dessa forma, é plenamente viável para o utilitarismo que as perdas ou os menores benefícios de uns sejam compensados pelo maior benefício de outros, sendo, inclusive, viável a violação de liberdades para que se aumente o saldo das satisfações (RAWLS, 2016).

Para Posner (2010, p. 69), o que desabona ainda mais o utilitarismo é aquilo que Nozick denomina “monstro utilitarista”, situações em que o utilitarismo se recusa em distinguir moralmente entre os tipos de prazer:

As ‘monstruosidades morais’ são de fato um dos maiores problemas do utilitarismo, e devem ser separadas em duas categorias. Uma delas deriva da recusa utilitarista a fazer distinções morais entre os tipos de prazer. Suponhamos que A gaste seu tempo livre arrancando asas de moscas, enquanto B o faz alimentando pombos; e que, por ter mais capacidade para sentir prazer, A extraia mais felicidade que B desse tempo ocioso. Deixando de lado a infelicidade das moscas e a felicidade dos pombos, o utilitarista coerente teria de julgar A um ser humano melhor que B, já que sua atividade acrescenta mais ao cômputo das felicidades que a de B. O outro tipo de monstruosidade moral advém da presteza com que o utilitarista sacrifica indivíduos inocentes no altar das demandas sociais.

Assim, no nível das decisões sociais, o utilitarismo pode gerar aberrações:

Se houvesse um grupo de pessoas ao mesmo tempo tão minoritário, tão miserável e tão odiado que seu extermínio aumentasse a felicidade total da sociedade, o utilitarista sério dificilmente poderia condenar o ato, embora estivesse autorizado a chamar a atenção para os custos psicológicos possivelmente impostos às pessoas temerosas de serem exterminadas na sequência (POSNER, 2010, p. 70).

Nesse sentido, a teoria da “justiça como equidade”, formulada por John Rawls, pretende prescrever uma barreira de inviolabilidade ao bem-estar do indivíduo, e por isso, busca rechaçar a visão utilitarista e substituí-la, com ideias e objetivos idênticos aos de uma concepção filosófica de uma democracia constitucional (RAWLS, 2016).

Rawls (2016) crê que o utilitarismo fornece bases frágeis às instituições democráticas, pois não consegue oferecer uma teoria satisfatória dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos como pessoas livres e iguais.

O autor entende que o maior bem-estar da sociedade não deve justificar sacrifícios individuais, pois a justiça não admite a perda da liberdade individual ou de um grupo em favor da maioria, posto que os direitos assegurados pela justiça não devem estar sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais, como está no utilitarismo (RAWLS, 2016).

O objetivo de Rawls é elaborar uma concepção de justiça que forneça uma alternativa sistemática e razoável ao utilitarismo, sendo uma teoria convincente dos direitos e liberdades fundamentais e de sua prioridade, e integrada à interpretação da igualdade democrática, que leva ao princípio da igualdade de oportunidades e ao princípio da diferença (RAWLS, 2016).

Assim, nítida é a postura de John Rawls sobre a decisão utilitarista: não se pode, a despeito de um maior benefício geral, restringir a liberdade e os direitos do indivíduo (RAWLS, 2016). Nesse sentido, poder-se-ia entender que a proteção ao indivíduo em detrimento da sociedade (coletividade) seria absoluta.

No entanto, esta constatação não pode ser feita, visto que, a despeito de defender uma doutrina antiutilitarista, Rawls entende que não se pode avaliar uma concepção da justiça unicamente sob o ângulo distributivo, devendo-se levar em conta, embora a justiça tenha prioridade, que uma concepção da justiça é preferível à outra quando suas consequências mais gerais forem mais desejáveis (RAWLS, 2016).

Tais consequências mais gerais dizem respeito à viabilidade da comunidade, sendo que outros consensos devem ser levados em conta para a coordenação dos planos individuais e sua eficiente contribuição com as finalidades sociais, em ambiente de cooperação social estável, como os consensos sobre coordenação, eficiência e estabilidade (RAWLS, 2016).

Pode-se afirmar que o utilitarismo também está presente, de certa forma, na teoria de Rawls, já que as finalidades sociais, que podem ser entendidas como o bem comum, muitas vezes, não dependem apenas de aspectos distributivos. Entretanto, uma diferença importante de sua teoria é que ela atribui um peso preponderante em relação aos aspectos distributivos em relação aos menos favorecidos e propõe, como se verá, uma igualdade mínima entre as pessoas, o que atenua sua visão utilitarista.

1.2.2 A sociedade e sua estrutura

Para Rawls uma sociedade é uma associação de pessoas que possui um conjunto de normas de conduta, que possibilita um sistema de cooperação com vistas à promoção do bem-estar dos seus integrantes (RAWLS, 2016).

De modo geral, as sociedades são marcadas por conflitos e convergências de interesses que surgem da necessidade de distribuir recursos, dentre outros, os advindos da cooperação social. Esta distribuição depende, em grande medida, dos princípios de justiça que conformam a ordenação social. Assim, tais princípios de justiça são importantes para que os direitos e deveres sejam atribuídos aos integrantes de uma sociedade de maneira justa (RAWLS, 2016).

As concepções de justiça (conjunto de princípios de justiça) são individuais, porém para que exista uma adequada distribuição dos benefícios e encargos da cooperação social, estas concepções individuais devem ser conjugadas para que haja uma concepção pública de justiça (RAWLS, 2016).

Nesse sentido, uma concepção pública de justiça ou o senso público de justiça é primordial para a existência de uma sociedade bem ordenada e segura, pois é um ponto de vista comum, a partir do qual as reivindicações podem ser julgadas. Tal concepção passa a existir quando todos aceitam e sabem que todos os demais aceitam os mesmos princípios de justiça e quando as instituições sociais básicas satisfazem aos princípios de justiça, o que é plenamente sabido por todos os membros da sociedade (RAWLS, 2016).

Assim, o objeto primeiro da justiça é a estrutura básica da sociedade - organização das principais instituições sociais e o modo como distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a justa divisão das vantagens da cooperação social (RAWLS, 2016).

Tais principais instituições sociais são a constituição e os acordos econômicos e sociais, que definem direitos e deveres e influenciam as perspectivas de vida dos cidadãos (RAWLS, 2016).

As desigualdades na estrutura básica da sociedade determinam as diferentes expectativas dos indivíduos, sendo que os princípios de justiça social devem ser aplicados para que estas desigualdades sejam mitigadas (RAWLS, 2016).

Em sua teoria, Rawls objetiva formular uma concepção de justiça social, a partir de um procedimento equitativo, que auxilie na escolha consensual dos princípios de justiça social. A concepção de justiça social fornece um padrão para a avaliação dos aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade e para proposição de meios mais justos para esta distribuição (RAWLS, 2016).

Assim, uma concepção de justiça social é determinada pelo papel que os princípios de justiça exercem na distribuição de direitos, deveres e vantagens sociais, sendo que a teoria de Rawls é uma forma de avaliar a importância de certos princípios distributivos para a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2016).

Por fim, importa ressaltar que a teoria da justiça de Rawls não estabelece padrões que resultem em igualdade distributiva e supressão da vontade individual, pelo contrário tenta estabelecer condições mínimas e gerais de igualdade para que todos tenham acesso a todos os setores da sociedade (todas as suas instituições), com o intuito de possibilitar a busca de interesses de forma individual (MARCANTONIO, 2017).

1.2.3 O consenso original e a posição original

Rawls (2016) sustenta que a definição dos princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade é objeto de um consenso original ou de um contrato social estabelecido por pessoas livres e racionais em posição inicial de igualdade.

Os princípios escolhidos neste contrato irão regular todos os acordos subsequentes, dentre eles, os princípios que estabelecerão os tipos de cooperação social, as formas de

governo, a regulação das reivindicações mútuas, a carta constitucional, seu sistema de finalidades ou objetivos, entre outros (RAWLS, 2016).

Rawls denomina o procedimento de escolha dos princípios da justiça como justiça como equidade. A escolha feita por homens racionais em situação de liberdade equitativa (situação hipotética que conduz a uma concepção de justiça) determina a escolha dos princípios de justiça (RAWLS, 2016).

Em “Uma Teoria da Justiça”, Rawls supõe que uma concepção de justiça seja mais razoável do que outra ou comparativamente mais justificável, se os seus princípios forem escolhidos por sujeitos racionais colocados em uma determinada posição inicial (RAWLS, 2016).

Esta posição inicial, denominada posição original, assegura que o acordo seja equitativo (escolha dos princípios da justiça em uma situação de igualdade), que uma vez obtido, passa a delimitar o conceito de justiça como equidade (RAWLS, 2016).

Rawls parte da premissa de que a escolha dos princípios da justiça deve ser feita sob determinadas condições ou restrições que trazem limites aos princípios da justiça aceitáveis. Dessa maneira, as seguintes restrições são impostas pela posição original: a) ninguém é favorecido ou desfavorecido pela sorte ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha de princípios; b) é impossível adaptar os princípios às condições de um caso pessoal; c) as inclinações e concepções particulares sobre o bem não afetarão os princípios adotados (RAWLS, 2016).

A finalidade dessas condições restritivas é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas (ou morais) dotadas de uma concepção do seu próprio bem e capazes de ter um senso de justiça. Na posição original todas as pessoas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios (RAWLS, 2016).

Em suma, os princípios da justiça são aceitos consensualmente por pessoas igualmente racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses em condição de igualdade (ninguém é favorecido ou desfavorecido pelas contingências sociais e naturais) (RAWLS, 2016).

A justiça como equidade não pressupõem que justiça e equidade sejam a mesma coisa, mas que a escolha dos primeiros princípios de uma concepção de justiça deve ser feita em uma situação hipotética de igualdade (igualdade de direitos no processo de escolha dos

princípios, igual capacidade de possuir concepção do próprio bem e senso de justiça), que, posteriormente, regulará todas as futuras críticas e reformas das instituições (RAWLS, 2016).

A posição inicial de igualdade pressupõe que ninguém conheça sua posição na sociedade (classe ou *status* social), nem tampouco sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais. Também se desconhece suas próprias concepções de bem e suas propensões psicológicas. Assim, os princípios da justiça são escolhidos de forma unânime sob o véu da ignorância, garantindo que ninguém seja favorecido ou desfavorecido, estabelecendo-se um consenso equitativo (RAWLS, 2016).

Nestes termos, a justiça dos princípios escolhidos na posição original seria maior, pois os sujeitos do acordo, desconhecendo sua própria posição presente e futura, dentre outras informações, ou seja, estando sob um véu da ignorância, escolheriam os princípios que melhor os beneficiariam (RAWLS, 2016).

Nesse sentido Rawls (2016, p. 175) informa que:

[...] as pessoas que se encontram na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seu sistema de objetivos da melhor forma possível. Para isso, tentam garantir para si mesmas o mais alto índice de bens primários sociais, já que isso lhes possibilita promover sua concepção do bem da maneira mais eficaz, seja qual for esta concepção.

Cada pessoa deve almejar as alternativas que posicionem os indivíduos mais desprivilegiados nas situações menos desfavoráveis. De acordo com a interpretação do maximin realizada por Bastos e Rocha (2003), maximizar o bem-estar da pessoa em pior situação na sociedade parece ser o melhor critério, pois isso asseguraria um mínimo de sofrimento para os indivíduos desfavorecidos.

O princípio maximin é utilizado onde as probabilidades dos acontecimentos não são conhecidas. Desse modo, o tomador de decisões conhece quais são os possíveis resultados de suas decisões, mas desconhece qualquer outra informação, incluindo as probabilidades dos eventos ocorrerem (BASTOS; ROCHA, 2003).

Rawls, na construção de sua teoria, priorizou o critério do maximin, também denominado de critério de Wald. A regra corresponde a uma visão pessimista, pois seleciona o resultado mais desfavorável de cada alternativa e opta pelo melhor dentre os piores. Desta filosofia negativista resulta a compreensão de que a atenção deve ser focalizada somente nos resultados desfavoráveis, a fim de se limitar os prejuízos tanto quanto possível (BASTOS; ROCHA, 2003).

O princípio do maximin é fundamental para o pensamento jurídico-filosófico rawlsiano porque conecta a atitude moral com relação à desigualdade, à atitude racional com relação ao risco, obstaculizando o estabelecimento de uma sociedade meritocrática, respeitadas, contudo, as diferenças de talentos e aptidões. Evoca, a regra, a moralidade kantiana, quando pressupõe pautar-se, a maioria, pelo ético e o correto (BASTOS; ROCHA, 2003).

Importante ressaltar que esta escolha é estritamente racional e que o foco do interesse está em melhorar a própria condição, isto é, não há um espírito coletivista ou preocupações com a alteridade. Porém, o individualismo que poderia gerar distorções e prejudicar determinadas posições sociais, é mitigado pelo desconhecimento quanto a real posição que o indivíduo ocupa na sociedade. Portanto, ao garantir condições semelhantes entre os indivíduos de toda a sociedade, garante ao mesmo tempo, condições de bem-estar para os indivíduos (MARCANTONIO, 2017).

O melhor arranjo da posição inicial na escolha dos princípios mais justos pode ser testado, de acordo com Rawls, verificando se os princípios de justiça escolhidos são compatíveis ou ampliam as convicções ponderadas de justiça (ponderações ou juízos intuitivos realizados fora da situação inicial hipotética). Este teste possibilita verificar a capacidade dos princípios escolhidos amoldarem-se às convicções de justiça mais firmes, como aquelas que, por exemplo, reconhecem a injustiça da escravidão, ou oferecerem orientação quando tais convicções não forem tão firmes, como nos assuntos relacionados à distribuição de renda e riquezas (RAWLS, 2016).

Rawls informa que este teste resulta em um equilíbrio reflexivo, que leva a mudanças no arranjo da posição original (circunstâncias contratuais) ou nos juízos intuitivos até que os princípios e os juízos coincidam. Assim, passa-se a conhecer quais princípios se adaptam às convicções ponderadas e às premissas que serviram para sua escolha (RAWLS, 2016).

A partir dos avanços e recuos entre os juízos ponderados e os princípios de justiça, chega-se ao ajustamento e correção de ambos. A partir deste equilíbrio, os indivíduos identificam facilmente os casos de justiça e de injustiça, pois há coincidência entre os princípios reguladores da sociedade, escolhidos no acordo original (justiça procedimental pura), e suas próprias convicções de justiça (intuitivas) (FELDENS, 2012).

Com o equilíbrio reflexivo a escolha dos princípios de justiça na posição original não se desvincula do mundo da vida, mas é feita por um senso de justiça refletido em “juízos

ponderados” dos cidadãos. Assim, recorrendo à experiência histórica, os princípios universais são confrontados com os juízos ponderados de justiça, fazendo com que entre estes e aqueles haja um “equilíbrio reflexivo”. (FELDENS, 2012).

O equilíbrio reflexivo representa a tentativa de acomodar num único sistema, tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios, quanto os juízos ponderados dos cidadãos sobre justiça (RAWLS, 2016).

1.2.4 Os princípios da justiça escolhidos na posição original

Rawls (2016) argumenta que, na posição original ninguém aceitaria uma perda duradoura para si mesmo a fim de obter um saldo líquido maior de satisfação geral, e nesse sentido, seria pouco provável que o princípio da utilidade fosse escolhido (RAWLS, 2016).

Para o autor, um ser humano racional não aceitaria uma estrutura básica apoiada na maximização algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos sobre seus próprios interesses e direitos, sendo que o princípio da utilidade seria incompatível com a concepção de cooperação social (RAWLS, 2016).

Assim, existiriam algumas restrições aos princípios a serem escolhidos, denominadas “condições formais”: “a concepção de justo é um conjunto de princípios gerais na forma e universais na aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como última instância de apelação para a ordenação das reivindicações conflitantes de pessoas morais” (RAWLS, 2016, p. 164).

Nesse sentido, Rawls (2016) sustenta que as pessoas na posição original, limitadas pelo véu da ignorância e por uma lista de princípios selecionados pelas condições formais, escolheriam dois princípios:

1- igual direito ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para todos;

2- distribuição das desigualdades econômicas e sociais de forma que simultaneamente: a) propicie o máximo benefício esperado aos menos favorecidos; e b) esteja vinculada a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Rawls pressupõe que a estrutura básica da sociedade possui duas partes mais ou menos distintas e que cada um dos princípios se aplica a uma dessas partes: i) aspectos que

definem e garantem direitos e liberdades fundamentais (aplicação do princípio da igualdade); e ii) estabelecem os direitos econômicos e sociais (aplicação do princípio da diferença) (RAWLS, 2016).

O primeiro princípio tem prioridade absoluta sobre os demais (ordem lexical), pois não pode ser desobedecido nem se objetivar menores desigualdades econômicas e sociais. Este princípio pode ser ponderado apenas se as liberdades básicas estiverem em conflito umas com as outras. Assim, conclui-se que liberdades não são ponderáveis em relação a distribuições socioeconômicas e nem ao acesso às funções e posições (RAWLS, 2016).

Quanto ao segundo princípio, Rawls pressupõe que a distribuição de riqueza e rendimentos não precisa ser igual, mas deve ser vantajosa para todos, com cargos de autoridade e responsabilidade acessíveis a todos, de modo coerente com as liberdades básicas e com a igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2016).

Rawls afirma que para desenvolver a teoria da justiça como equidade foi necessário definir a interpretação preferida em relação ao segundo princípio, e que adotou para tanto a igualdade democrática (sistema de igualdade liberal), obtida pela combinação do princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença (RAWLS, 2016).

Ao contrário de uma teoria da justiça distributiva baseada na interpretação de um sistema de liberdade natural, a teoria da justiça como equidade, como um sistema de igualdade liberal, não afirma a existência de uma igualdade formal ao acesso a empregos e carreiras, mas entende que a igualdade formal é injusta, já que os nascidos em famílias melhor situadas socialmente poderão se preparar melhor para concorrer a estas oportunidades, e, por isso, preconiza que os menos favorecidos tenham mais ou menos as mesmas oportunidades educacionais e culturais dos mais favorecidos para que concorram em pé de igualdade (RAWLS, 2016, p. 87-88).

A função do princípio de igualdade equitativa de oportunidades é garantir que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura, ou seja, que não haja um critério independente ao procedimento para verificar se o resultado obtido é correto ou justo, em vez disso, há apenas o procedimento correto ou justo, que se sistematicamente aplicado leva a um resultado correto ou justo, qualquer que seja ele, por exemplo, a garantia de oportunidades educacionais e de treinamento possibilita o acesso às carreiras e empregos levando ao resultado justo, que é a igualdade de oportunidades (RAWLS, 2016).

Para aplicar a ideia de justiça procedimental pura às parcelas distributivas de uma sociedade, é necessário estabelecer e administrar imparcialmente um sistema justo de instituições. Somente uma estrutura básica que possua uma constituição política justa e uma organização justa das instituições sociais e econômicas pode apresentar um procedimento justo (RAWLS, 2016).

Por outro lado, o princípio de diferença não exige que a sociedade se esforce para contrabalançar as diferenças entre os cidadãos para que compitam em igualdade de condições. Contudo, exige que os recursos sejam alocados para elevar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos. Se esta finalidade for alcançada, não há qualquer problema de que tenha sido motivada pela maior atenção aos mais favorecidos (RAWLS, 2016).

Embora o princípio da diferença não tenha a intenção de reparar diferenças naturais ou advindas das contingências sociais, ele realiza pelo menos uma parte desta intenção, pois aqueles que tenham sido favorecidos por essas diferenças só podem se beneficiar delas se melhorarem a situação dos menos favorecidos, seja cobrindo seus custos de educação ou treinamento ou mesmo os ajudando diretamente (RAWLS, 2016).

Assim, o princípio da diferença leva a uma configuração do sistema social de modo que ninguém ganhe ou perca devido a seu lugar arbitrário na distribuição dos dotes naturais ou de sua posição inicial na sociedade sem dar e receber benefícios compensatórios em troca, sendo que as maiores expectativas dos sujeitos mais bem situados são justas somente se funcionarem como parte de um sistema que melhore as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. A ordem social (organização social) não deve permitir e garantir as expectativas dos melhor posicionados, a não ser que isto beneficie os menos favorecidos (RAWLS, 2016).

O princípio da diferença informa que a desigualdade inicial das perspectivas de vida só é justificável se a diferença entre elas for vantajosa para o indivíduo representativo do grupo que está em pior situação (RAWLS, 2016).

Para a justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo que objetiva o benefício de todos. A estrutura básica é um sistema de normas públicas que define um esquema de atividades que conduz seus integrantes a agirem coordenadamente a fim de alcançarem esse objetivo (RAWLS, 2016).

Na justiça como equidade as partes somente concordam em valer-se das diferenças naturais e de posição social quando o resultado for o benefício comum, sendo os dois

princípios um modo equitativo de enfrentar a arbitrariedade do acaso e levar as instituições a perseguirem este resultado (RAWLS, 2016).

Após a escolha dos princípios de justiça na posição original, outras três etapas se seguem, sendo que as partes se encaminham para uma assembleia constituinte, que estabelece os direitos dos cidadãos, a seguir uma etapa legislativa, na qual se considera a justiça das leis e das políticas públicas, e, por fim, a etapa da resolução judicial dos casos particulares. Em cada etapa sucessiva os atores têm menor liberdade de ação, pois sofrem restrições impostas pelas etapas anteriores: o véu de ignorância vai sendo levantado e os desejos racionais são cada vez mais limitados pelo razoável (KUKATHAS; PETTIT, 2005)

1.2.5 O mínimo social e os bens primários

As questões de justiça social exigem algum fundamento objetivo para que seja possível fazer comparações interpessoais de bem-estar, que todos possam reconhecer e aceitar. Assim, a teoria da justiça como equidade tenta estabelecer tais fundamentos objetivos: i) conhecendo o indivíduo representativo menos favorecido; e ii) simplificando a base de comparações interpessoais, utilizando-se para isso um índice de bens primários sociais (RAWLS, 2016).

Rawls supõe que as partes do acordo original possuem interesses por bens sociais primários, que são coisas que se presume que os seres humanos racionais queiram. Tais bens primários são necessários à realização dos planos racionais de vida de cada indivíduo de acordo com sua concepção pessoal de bem (RAWLS, 2016).

Com uma quantidade maior de bens primários, Rawls conclui que “(...), em geral é possível prever um maior êxito na realização das próprias intenções e na promoção dos próprios objetivos, sejam quais forem esses objetivos.” (RAWLS, 2016, p. 110).

A distribuição dos bens primários é regida pelos dois princípios de justiça em ordem lexical: os direitos e liberdades fundamentais são sempre distribuídos igualmente, de acordo com o princípio da igualdade. Já os direitos e prerrogativas de autoridade são distribuídos conforme critérios de equidade, isto é, há igualdade equitativa de oportunidades em seu acesso. Em relação à renda e riqueza, estes são distribuídos de acordo com o princípio da diferença (RAWLS, 2016, p. 111).

Os critérios utilizados para identificar o grupo menos favorecido, incluindo seus desejos por bens primários, servem também para fixar o mínimo social razoável, a partir do qual, juntamente com outros instrumentos de aferição, a sociedade poderia começar a satisfazer o princípio da diferença (RAWLS, 2016).

Bens primários, na teoria de Rawls, são aqueles bens sociais que todos escolheriam sem conhecimentos importantes sobre suas próprias vidas e seu futuro, escolhidos antes mesmo da deliberação sobre os princípios de justiça, onde os indivíduos levam em conta apenas fatores gerais e não contingenciais (DAOU; FILHO, 2017).

O mínimo social é representado pelos desejos dos menos favorecidos por bens, nesse sentido, é uma parte essencial do índice de bens primários, esta última, mais abrangente e com previsão de acesso a bens mais supérfluos, considerando uma escala de necessidades. Assim, alimento, habitação, educação básica e saúde constituem o mínimo social. A outra parte dos bens primários, no entanto, ultrapassa o mínimo social e abrange outros bens que, para Rawls são fundamentais à cidadania e devem ser distribuídos de acordo com o princípio da diferença.

Waldron (1986) afirma que existem dois pontos de vista sobre o mínimo social, aquele relacionado com a justiça distributiva e o relacionado com as necessidades básicas para se levar uma vida decente e tolerável.

Comparado ao aspecto distributivo, o mínimo social como cumprimento das necessidades básicas é mais estático, pois não aumenta de acordo com o aumento da riqueza disponível para distribuição, apesar de não ser, por outro lado, um padrão inflexível (WALDRON, 1986).

Waldron (1986) informa que a diferença entre as duas concepções tem impacto na forma como os sistemas de seguridade social se organizam em torno do mínimo social e nos valores que cada beneficiário acaba recebendo.

Rawls, de acordo com o entendimento de Waldron (1986), optou pela concepção distributiva, derivando o mínimo social do princípio da diferença, justificando que está implícito em sua argumentação que uma teoria da necessidade, embora consiga listar os tipos de bens, não consegue determinar a quantidade que cada pessoa tem direito.

Entretanto, Waldron (1986) entende que Rawls errou ao ter optado pela concepção distributivista, pois não se pode fundamentar o mínimo social nos argumentos que defendem

o princípio da diferença, sendo que a concepção baseada nas necessidades tem muito mais apoio na teoria de Rawls, do que o próprio Rawls suspeita.

Da mesma forma que Waldron, entende-se que o mínimo social rawlsiano tem muito mais correlações com o princípio da igualdade do que com o princípio da diferença, pois o próprio autor afirma de modo expresso que deve haver um ponto de igualdade mínima, suficiente à dignidade e ao gozo das iguais liberdades e que somente após este ponto é que o princípio da diferença começará a atuar.

Brito Filho e Ferreira (2016) afirmam que a utilização de um mínimo imutável, isto é, uma justiça distributiva pensada em termos de proporcionar “o mesmo, da mesma forma e a todos” como faz o utilitarismo, e não como um mínimo relativo a cada indivíduo, desconsidera as necessidades individuais e, por conseguinte, nega o direito.

Ressalta-se que esta não é interpretação desse trabalho, que entende o mínimo social como um mínimo necessário a uma vida minimamente digna, cuja distribuição se dá pelo princípio da igualdade, já que é muito difícil falar em um mínimo social individualizado, pois cada um tem uma concepção de dignidade, sendo que para uns é comer caviar e para outros é ter o que comer, assim, considera-se que ter o que comer dignamente é um mínimo que pode ser universalizável, como por exemplo a ingestão de determinada quantidade de nutrientes mínimos ao dia.

O Estado deve garantir o mínimo social, por intermédio de benefícios familiares e transferências especiais em caso de doença e desemprego, ou, mais sistematicamente por meio de dispositivos de complementação progressiva de renda (imposto de renda negativo) (RAWLS, 2016, p. 343).

O setor de transferências da estrutura básica deve garantir o mínimo social, levando em conta as necessidades dos indivíduos e atribuindo determinado peso a elas, garantindo certo nível de bem-estar social (RAWLS, 2016).

O mínimo social é custeado, segundo Rawls, preferencialmente pela tributação do consumo ou da renda, sendo que o aumento do mínimo social passa a demandar aumentos na tributação, o que pode gerar duas situações: i) não ser possível fazer uma poupança adequada para as gerações futuras; ou ii) a eficiência econômica ficar comprometida fazendo com que a perspectiva dos menos favorecidos estacione ou mesmo venha a cair. Se tais situações ocorrerem o nível do mínimo social anterior estava adequadamente dimensionado, de acordo com o ótimo de Pareto (RAWLS, 2016).

Segundo Rawls (2016, p. 183) na posição original uma pessoa racional não deve esperar nem mais, nem menos do que uma parte igual na divisão dos bens sociais primários.

Nesse sentido, “[...] as partes partem de um princípio que requer iguais liberdades fundamentais para todos, bem como uma igualdade equitativa de oportunidades e uma divisão igualitária de renda e riqueza”, sendo que “o mínimo assegurado pelos dois princípios em ordem lexical não é um mínimo que as partes queiram pôr em risco em nome de maiores vantagens econômicas e sociais” (RAWLS, 2016, p. 183-189).

Porém, o reconhecimento da igualdade inicial não é definitivo, posto que as desigualdades começam a ocorrer. Assim, as desigualdades apenas serão admitidas se contribuírem para melhorar a situação de todos em comparação ao ponto de referência de igualdade inicial, isto é, que as desigualdades fiquem acima do patamar social mínimo (RAWLS, 2016).

Depreende-se dessa afirmação, que para Rawls há um mínimo de igualdade na distribuição dos bens primários, sendo que aquilo que for posteriormente distribuído de modo desigual será regido pelo princípio da diferença, sendo que a distribuição desigual somente será justa na medida em que ultrapassar o ponto da igualdade mínima estabelecida na posição original e puder também elevar as expectativas dos menos favorecidos. Isso se refere ao mínimo social, que é fundamental para que haja o atendimento à igualdade equitativa de oportunidades.

O que deveria ser um elemento constitucional essencial é a garantia de um mínimo social que cubra pelo menos as necessidades humanas básicas [...] Pois é razoavelmente óbvio que o princípio de diferença é violado de modo gritante quando esse mínimo não é garantido. Isso vai ao encontro do desiderato de que a satisfação ou não satisfação de um elemento constitucional essencial deveria ser bastante óbvia, ou de qualquer forma, uma questão aberta à discussão pública (RAWLS, 2003, p. 230).

O princípio da diferença, conforme Rawls (2003 p. 182), “exige um mínimo que, junto com todo o conjunto de políticas públicas, maximize as perspectivas de vida dos menos favorecidos ao longo do tempo”.

Entretanto, a distribuição de acordo com o princípio da diferença não deve gerar as seguintes contingências: reduzir as expectativas dos menos favorecidos e nem ser desproporcional, isto é, gerar ínfima elevação das expectativas dos menos favorecidos em vista de grandes benefícios aos mais favorecidos (RAWLS, 2016).

Rawls (2016, p. 192) afirma que “o funcionamento dos princípios de igual liberdade e de igualdade equitativa de oportunidades impede a ocorrência dessas contingências, pois só elevamos as expectativas dos mais favorecidos das maneiras necessárias para melhorar a situação dos que estão em pior situação”.

Porém, considerando-se que possa haver uma redução nas expectativas dos menos favorecidos, um patamar mínimo, do qual a redução das expectativas não pode retroceder, é previsto por Rawls e denominado de mínimo social.

É exatamente o mínimo social que passa a garantir a igualdade equitativa de oportunidades, oferecendo condições materiais, educacionais e sociais mínimas para que as pessoas possam concorrer às iguais oportunidades de maneira equitativa e, conseqüentemente, fruir das iguais liberdades, já que, não haveria como exercer os iguais direitos de liberdade sem as condições materiais mínimas para uma existência digna.

Nestes termos, Rawls (2016, p. 185) afirma que “ao adotar a ordenação serial dos dois princípios, as partes presumem que as circunstâncias de sua sociedade, sejam quais forem, admitem a realização efetiva das liberdades iguais”.

Rawls (2011, p. 8), em “O Liberalismo Político”, refere explicitamente a um aspecto ignorado na formulação do primeiro princípio de justiça, que trata dos direitos e liberdades fundamentais, afirmando que esse princípio “poderia ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades”.

Assim, os bens primários passaram a ser caracterizados como aqueles que as pessoas precisam em seu *status* de cidadãs livres e iguais e de membros normais e plenamente cooperativos da sociedade durante toda a vida, isto é, as necessidades de cidadãos, ao contrário das preferências e desejos pessoais (RAWLS, 2016).

Nesse sentido, há, de acordo com Rawls (2003, 2011) dois níveis de necessidades a serem satisfeitas: i) da pessoa como ser humano, que demandaria um mínimo de bens primários, o mínimo social - elemento constitucional essencial; e ii) da pessoa como cidadã, que demandaria um cesta de bens primários superior ao mínimo social.

Com isso, Rawls quer demonstrar que, na sua concepção política de justiça (após “O liberalismo político”), a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos passa a ser elemento

constitucional essencial, assim como o mínimo social e que abaixo de certo nível de bem-estar material e social e de treinamento e educação, mesmo que ultrapasse o mínimo social, as pessoas não podem participar da sociedade como cidadãos, e menos ainda como cidadãos iguais (RAWLS, 2011)

Weber (2013), diante das alterações havidas na obra “O liberalismo político”, afirma que o mínimo social, entendido como a cesta de bens primários suficiente para garantir a dignidade da pessoa humana, torna-se insuficiente em relação à concepção política de pessoa (concepção política de justiça) e que Rawls amplia a noção do mínimo social para a ideia de “bens primários”, vinculada às condições de possibilidade do exercício da cidadania no sentido amplo (WEBER, 2013).

O mínimo social em relação à pessoa humana foi amplamente tratado em “Uma teoria da Justiça”, conforme se pode verificar pelo estabelecimento do patamar mínimo do qual não deve haver retrocesso e a partir do qual as desigualdades são permitidas. Assim, o que mudou foi o mínimo em relação às pessoas entendidas como cidadãos, ou seja, a cidadania plena necessita de bens primários que vão além do mínimo social apto a garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, os cidadãos como pessoas livres e iguais e socialmente cooperativas precisam, de acordo com Rawls (2003), de bens primários que são “[...] coisas necessárias e exigidas por pessoas vistas não apenas como seres humanos, independentemente de qualquer concepção normativa, mas à luz da concepção política que as define como cidadãos que são membro plenamente cooperativos da sociedade” (RAWLS, 2003, p. 81).

Assim, os bens primários necessários à cidadania, segundo Rawls (2003) seriam: a) direitos e liberdades fundamentais, que incluam, entre outros, a liberdade de pensamento, de consciência, de associação, de expressão, de participação política, de propriedade, “condições institucionais essenciais” para o desenvolvimento das qualidades morais; b) as liberdades de movimento e livre escolha de ocupação diante da diversidade de oportunidades; c) os poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade; d) renda e riqueza, que incluem recursos materiais necessários para atingir minimamente os inúmeros objetivos, bem como realizar as faculdades morais; e) as bases sociais do autorrespeito.

De acordo com Weber (2013) na aplicação e no exercício efetivo dos direitos fundamentais previstos na alínea “a” está pressuposta a satisfação das necessidades básicas materiais - o mínimo social no sentido estrito, e assim, há dois aspectos na “justiça como

equidade” de Rawls: o primeiro pressupõe a aplicação do primeiro princípio de justiça e refere-se à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, tendo em vista o exercício dos direitos fundamentais - o mínimo social ou existencial propriamente dito; e o segundo aspecto se expressa nos dois princípios e inclui os bens primários como requisitos necessários para que os cidadãos, como pessoas livres e iguais, desenvolvam suas qualidades morais.

Rawls (2003) salienta a necessidade de modular as desigualdades econômicas e sociais devido à injustiça no fato de alguns serem amplamente providos e outros passarem fome e padecerem de doenças tratáveis. Em suma, ter o suficiente para a satisfação das necessidades básicas é o mínimo que se espera de uma sociedade cooperativa justa.

Desse modo, a satisfação dos bens primários é uma tentativa de reduzir as desigualdades entre os cidadãos de uma “sociedade bem-ordenada”, aspecto essencial do segundo princípio da justiça como equidade, sendo que das diferenças entre as pessoas decorrem deveres e obrigações por parte do Estado no sentido de dar oportunidades de qualificação para favorecer a igualdade equitativa de oportunidades (WEBER, 2013).

Pode-se afirmar, que mesmo diante das mudanças ocorridas em “O liberalismo político”, no qual Rawls expande o pacote de bens primários para a garantia da cidadania, não houve interferência no objeto central do presente trabalho, que é a investigação do mínimo social, que é o núcleo essencial dos bens primários. Dessa maneira, entende-se que o mínimo social abrange o direito fundamental à saúde e é nesse sentido que se fará as análises.

1.2.6 Interpretação do mínimo social rawlsiano por Torres

Na doutrina brasileira, Barcellos (2017) faz o registro de que se desenvolveu concepção análoga à de Rawls sobre o mínimo social, com Ricardo Lobo Torres, que entende o mínimo existencial como o conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, parcela mínima das condições materiais sem a qual o homem não sobrevive.

Barcellos (2017) anota que Ricardo Lobo Torres, como Rawls, também distingue o mínimo existencial dos direitos econômicos e sociais, sendo aquele um direito pré-constitucional, corolário do direito básico de liberdade, com validade *erga omnes* e diretamente sindicável. Por outro lado, os direitos sociais, econômicos e culturais se fundamentam não na ideia de liberdade, mas na de justiça social e dependem da concessão do legislador.

Torres (2003, p. 3) entende que Rawls, em “Uma teoria da justiça” deixou claro que as necessidades básicas ou os mínimos sociais integram o primeiro princípio - da igual liberdade - e por isso são fundamentos constitucionais e não se confundem com as questões de justiça básica. Assim, o mínimo existencial tem pouco a ver com a ideia de justiça, a não ser no sentido rawlsiano ou quando a injustiça é extrema e ofende os direitos fundamentais.

O mínimo existencial, para Torres (2003, p. 5), deixa-se tocar pelo princípio da liberdade fática, pois o homem não pode ser privado do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade, por isso, a relação do mínimo existencial com o princípio de igual liberdade rawlsiano. Daí que, conclui o autor, “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”.

Torres (2003, p. 10) defende que a solidariedade é um dos caminhos para a afirmação do mínimo existencial, pois cria vínculos de apoio mútuo, sendo que a justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade.

O que se depreende da argumentação de Torres (2003) é que o mínimo existencial é profundamente vinculado com a proteção dos pobres, sendo que os programas de renda mínima, por exemplo, não devem ser entendidos como passíveis de comutatividade, ou seja, o mínimo social é custeado por meio do sentido de solidariedade dos mais favorecidos, que não devem requerer contrapartidas financeiras.

1.3 As críticas à teoria da justiça como equidade de Rawls

1.3.1 As Críticas libertárias à teoria de Rawls

Segundo Kukathas e Pettit (2005) os libertários são os atuais liberais no sentido clássico, que afirmavam que o único papel do Estado era proteger certos cidadãos, sobretudo em relação aos seus direitos de liberdade e de propriedade. Atualmente, os libertários aceitam apoiar, no máximo, um Estado mínimo, que se limita à proteção dos cidadãos contra a violência, o não cumprimento dos contratos e outros ilícitos, sobretudo patrimoniais.

Os libertários se dividem em dois grandes grupos: os pragmáticos e os que se baseiam em princípios. Os pragmáticos defendem o Estado mínimo, pois a proteção a alguns direitos possui alguns méritos. Este é o caso de Richard Posner após as alterações em sua teoria da justiça como eficiência. Alguns pragmáticos apoiam a existência do Estado mínimo devido à promoção da utilidade. As críticas dos libertários à teoria da justiça de Rawls

assumem a forma de acusações de inexecuibilidade, ineficácia, entre outras (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Os libertários que se baseiam em princípios consideram os direitos que o Estado mínimo protege como direitos naturais ou fundamentais, direitos cuja satisfação é um bem em si mesmo e que não devem ser comprometidos (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Para este tipo de libertários, o tipo de Estado apoiado pela teoria de Rawls tem tendência a parecer mal por natureza, pois permite infrações redistributivas aos direitos de propriedade (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Para Nozick (1991) os direitos são os de liberdade pessoal e de propriedade privada e não aceita que tais direitos sejam desrespeitados, pois possuem restrições mais ou menos absolutas e não podem ser infringidos em nome da maximização de qualquer objetivo social usual, sendo que somente é admitida sua infração para se evitar algum catastrófico terror moral.

O autor propõe um modelo de Estado que emerge de quatro etapas e se assemelha a um Estado mínimo, que oferece proteção a todos e possui o monopólio da força. Entretanto, permite que haja pessoas independentes e que possam se defender contra os outros, sendo que os independentes não são cobrados pelos serviços estatais como são cobrados seus membros, que se juntaram, exatamente, para serem protegidos dos independentes (NOZICK, 1991).

A propriedade e as desigualdades dela advindas são justas quando sua aquisição e as posteriores transferências se deram de forma justa, sendo que uma história justa da propriedade é suficiente para a justiça, ou seja, que a aquisição original e derivada da propriedade seja encadeada segundo transações justas (NOZICK, 1991).

Ao contrário da perspectiva histórica, a concepção de propriedade para Rawls é estrutural, mas também histórica e deve ser considerada justa de acordo com os critérios de sua teoria. Assim, dado o segundo princípio de justiça, o princípio da diferença, deve haver uma restrição estrutural, de tal forma que os grupos menos favorecidos devem estar em melhor situação do que estariam ao abrigo de uma distribuição mais igualitária (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

A objeção básica de Nozick (1991) é que os bens na teoria de Rawls vêm como bens que não possuem ninguém como proprietário original, ou seja, na posição original, os bens não possuem donos primeiros e parecem cair do céu.

No entanto, o fato de a teoria de Rawls tornar a história da aquisição e da transferência relevantes para a distribuição, oferecendo importância aos títulos de propriedade e aos direitos de posse, atenua o impacto da objeção básica de Nozick, pois Rawls aceita que as pessoas reivindiquem seus direitos de propriedade (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Para Rawls, por conseguinte, os direitos de propriedade não devem ser usados para comprometer as oportunidades equitativas e não devem ser usufruídos de maneira excessivamente desigual, a não ser que isso possa beneficiar indiretamente os grupos menos favorecidos (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Nozick (1991) em sua crítica a Rawls desconsidera o fato de que os contratantes na posição original discutem princípios públicos da distribuição, mas, também, a maneira de se realizar a produção e a aquisição dos bens, sendo que a crítica de bens como manás dos céus acaba por não ser legítima.

Nozick e Rawls pensam de maneira diversa sobre as restrições aos direitos de Locke: Nozick os pensa como restrições fundamentais, ou seja, as partes na posição original não podem decidir sobre os princípios que devem governar a distribuição. Já para Rawls os direitos devem passar pelo teste da equidade, renunciando ao seu caráter fundamental (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Já as objeções práticas de Nozick (1991) a Rawls possuem implicações na vida social e política. Para o autor a teoria de Rawls é usada para regular a sociedade e tem efeito de exigir que o Estado interfira de modo contínuo na vida dos cidadãos. Assim, para a manutenção de um determinado padrão distributivo, o Estado agirá para impedir que as pessoas transfiram recursos de modo livre ou que sejam desapropriadas em benefício de outras.

Entretanto, Kukathas e Pettit (2005) afirmam que há uma sutil deformação da teoria de Rawls por Nozick, já que o Estado na teoria rawlsiana não interferiria continuamente na vida das pessoas, havendo uma grande diferença, cuidadosamente ignorada, entre o império da lei que dita uma política fiscal e um regime que permita ao Estado interferir continuamente, já que nenhuma das partes na posição original concordaria com tais interferências.

A alternativa adotada por Nozick, qual seja, a da proibição de qualquer interferência estatal na vida econômica das pessoas pode levar a resultados preocupantes, como por

exemplo, a privação das gerações futuras aos recursos ambientais vitais (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Kukathas e Pettit (2005) defendem que as críticas de Nozick não conseguem colocar em risco a teoria da justiça como equidade, pois suas objeções partem de deformações que faz da argumentação de Rawls.

1.3.2 A crítica comunitária à teoria de Rawls

O comunitarismo surgiu como uma corrente de pensamento na década de 1980 e se desenvolveu em constante polêmica com o liberalismo, em especial com o liberalismo igualitário (GARGARELLA, 2008).

A crítica comunitária encontra nos argumentos rawlsianos debilidades de execução e, principalmente, uma incapacidade de colocar as perguntas corretas, sendo que Rawls estaria preocupado em encontrar princípios de justiça social que poderiam comandar a submissão voluntária de todas as pessoas racionais, até mesmo, com concepções bastante diferentes de “vida boa” (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Nesse sentido, os liberais se esforçariam para revelar padrões morais (direitos para Nozick e liberdade e igualdade para Rawls) que pudessem ser usados para avaliar as instituições sociais e políticas de qualquer sociedade (universalidade) sem levar em conta as práticas sociais que prevalecem em sociedades reais, sendo que, de modo inapropriado, a teoria precederia a prática (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

As teorias da justiça liberais, sobretudo, as de Rawls e Nozick, partem do princípio de que a sociedade não é governada por finalidades ou objetivos comuns. A boa sociedade é antes um quadro de direitos, liberdades ou deveres, na qual cada pessoa pode perseguir seus objetivos individuais ou em associação e é governada pela lei, que é regulada por princípios de justiça que não pressupõem que determinada forma de vida é mais correta ou melhor (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Assim, a doutrina liberal busca, em geral, defender a tolerância entre as pessoas como forma de convivência em uma sociedade baseada no pluralismo das concepções de bem. Entretanto, a abordagem utilitarista tentou propor um bem mais elevado: a satisfação dos desejos como forma de resolver as pretensões concorrentes, o que foi rechaçado por Rawls,

que possui uma abordagem kantiana, de separar o bem do justo (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

A visão comunitarista tem raízes no século XIX, com as críticas aos argumentos liberais, em especial nas obras de Rousseau, Hegel e Marx, que rejeitam o ideal de uma sociedade pluralista e laica, e tentam substituí-lo por um ideal comunitário de uma sociedade orgânica e unificada espiritualmente, que integre e harmonize os interesses individuais aos da comunidade. Assim, uma sociedade formada de múltiplas tradições morais e apenas unida por princípios e normas liberais não é, para os comunitários, uma sociedade, pois esta deve ser voltada ao bem da comunidade (KUKATHAS; PETTIT, 2005; GARGARELLA, 2008).

O comunitarismo retoma as críticas que Hegel fazia a Kant. Enquanto Kant demonstra a existência de certas obrigações universais que deveriam prevalecer sobre as obrigações contingentes, derivadas do pertencimento a uma comunidade particular, Hegel inverte essa formulação e dá prioridade aos laços comunitários defendendo que a plena realização do ser humano deriva da completa integração dos indivíduos em sua comunidade (GARGARELLA, 2008).

Os comunitaristas também creem que as bases da moral não se encontram na filosofia, mas na política, pois a moralidade está enraizada na prática particular de cada comunidade real. Nesse sentido, não verificam a plausibilidade de princípios abstratos de moralidade ou de justiça descobertos pela razão, nem tampouco os argumentos contratualistas e a justiça unicamente procedimental, e entendem que as leis e regras apropriadas devem passar por uma análise da tradição moral e dos valores da própria comunidade (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Para Sandel (2005) a ideia rawlsiana de que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais requer que as pessoas sejam independentes dos interesses e afetos particulares, o que não é plausível, pois no mundo real elas não podem se libertar dos próprios interesses, que determinam, sobretudo, a sua identidade. Nesse sentido, o autor entende que liberais como Rawls insistem para que as pessoas se librem desses interesses e afetos próprios para identificar os princípios organizadores da sociedade que deve ser regida por princípios justos.

Entretanto, é interessante que essa crítica a Rawls parece uma crítica ao próprio comunitarismo, que requer a preponderância das finalidades de uma comunidade em detrimento dos interesses e afetos particulares.

Por participar da escolha dos princípios de justiça, Rawls crê que as pessoas são livres, entretanto, Sandel defende que essa pretensão não faz sentido, pois pressupõe uma capacidade não possuída, que é a de escolher ou construir uma moral sem autoconhecimento ou sem experiência moral (SANDEL, 2005).

O problema levantado por Sandel é o da inadequação da concepção de Rawls de um sujeito moral com um “eu” totalmente desligado da experiência. Essa é uma concepção de “eu” sem sentido, pois não fornece as bases para que as pessoas avaliem as instituições sociais ou as práticas morais, é uma abstração, um sujeito desincorporado, que é incapaz de realizar escolhas racionais por ser despojado de todas as experiências e de motivações, o que seria uma arbitrariedade na escolha dos princípios de justiça (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

A visão de Rawls parece ser incapaz de explicitar certas experiências humanas básicas, por exemplo, excluindo certos propósitos compartilhados com a comunidade que possam ser vistos como formando uma parte integral do próprio indivíduo (SANDEL, 2005).

Outra crítica a Rawls é a de que não há um acordo com terceiros para a escolha dos princípios de justiça, o que há é a descoberta daquilo que o indivíduo deseja como princípios de justiça ou um acordo consigo próprio, numa espécie de cognitivismo. Entretanto, o “eu” na teoria de Rawls não tem essa capacidade, porque é incapaz de deliberar e refletir, já que o véu de ignorância não o permite ter autoconhecimento (SANDEL, 2005).

Contra tais críticas levantadas por Sandel, Rawls responde com os seguintes argumentos:

Acredito que essa suposição é um equívoco causado por não se ver a posição original como um artifício de representação. O véu de ignorância, para mencionar uma característica importante dessa posição, não tem nenhuma implicação metafísica a respeito da natureza do eu; essa ideia não tem a implicação de que o eu é ontologicamente anterior aos fatos sobre as pessoas que as partes são impedidas de levar em conta. Podemos, por assim dizer, entrar nessa posição a qualquer momento simplesmente argumentando a favor de princípios de justiça em consonância com as restrições à informação que foram especificadas. Quando, dessa forma, simulamos estar na posição original, a argumentação que apresentamos não nos compromete com uma doutrina metafísica específica sobre a natureza do eu, assim como o fato de fazermos um papel em uma peça de teatro, digamos o de Macbeth ou o de Lady Macbeth, não nos leva a pensar que realmente somos um rei ou uma rainha envolvidos numa luta desesperada por poder político. O mesmo se aplica à representação de um papel em termos gerais (RAWLS, 2011, p. 31-32).

Para Kukatha e Pettit (2005), no geral, a apreciação que Sandel faz da teoria de Rawls é clara e correta, porém sua oposição apresenta algumas falhas. Uma das debilidades da teoria rawlsiana, segundo Sandel (2005), é pressupor a existência de uma comunidade cujos valores estão implícitos nos raciocínios das pessoas na posição original, e, por isso, o

produto da deliberação não pode ser afirmado como advindo de atores independentes sem compromissos ou valores sociais particulares.

Contudo, Rawls admitiu que sua preocupação não é fornecer um padrão universal de justiça, mas descobrir os princípios morais que podem servir melhor a sua própria sociedade, sendo o ponto de partida de sua investigação filosófica não a posição original, mas as crenças morais e intuições dominantes nas sociedades modernas. Assim, a posição original permite ver com mais clareza o que já existe (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Também, parece um exagero afirmar, como faz Sandel, que o contexto social constitui a identidade dos indivíduos, apesar de que seja possível haver identificação do indivíduo com a sociedade que ocupa, mas apenas parcialmente, pois o contexto não define totalmente um indivíduo. Isto é admitido por Sandel, já que aceita que as pessoas sejam capazes de ir além da autodescoberta, ao afirmar que o sujeito está habilitado a participar da constituição de sua própria identidade, o que acaba por aproximá-lo de Rawls (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Sandel nunca indica, no entendimento de Kukatha e Pettit (2005), porque pensa que o eu deve ser politicamente criado, apesar de ter razão ao afirmar que a identidade do eu é produto da experiência. Entretanto, isso não significa que o eu deva ser produto da experiência política, já que o caráter é formado em ambiente social não tipicamente político, como a família, a vizinhança ou a comunidade local.

Por outro lado, a asserção de Sandel de que o fim do raciocínio moral não é o juízo, mas a compreensão e a autodescoberta é implausível, pois a autodescoberta não substitui o juízo (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Em geral, os comunitaristas creem que a filosofia não seja um conhecimento adequado para os problemas políticos, que devem ser resolvidos com os recursos fornecidos pelas práticas e tradições de consulta fundamentais a cada associação política (significados implícitos no discurso e na prática de determinada comunidade) e não com abstrações filosóficas (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

A universalidade da filosofia política não levaria em conta as características de cada comunidade, sendo que esta propõe uma estrutura padronizada (singular) em detrimento do pluralismo, critério que pode ser filosoficamente relevante, mas politicamente irrelevante (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

O cerne da hostilidade comunitária com o liberalismo rawlsiano está no fato de que Rawls reivindicou que as práticas da comunidade fossem examinadas à luz da razão filosófica e apreciadas segundo padrões irreais construídos como princípios (KUKATHAS; PETTIT, 2005).

Para Walzer (2003) olhar para dentro da comunidade e verificar se a vida é vivida conforme a compreensão partilhada de seus membros é o que determina se uma sociedade é justa, sendo qualquer explicação de justiça distributiva, uma explicação local.

Já para Sandel (2005) não se deve analisar os princípios deontológicos do justo, mas o bem comum, pois os princípios morais não podem ser construídos ao largo das práticas dominantes e das lealdades e obrigações existentes na comunidade.

Para Taylor (2005) as teorias liberais ao priorizarem as escolhas individuais, colocam-nas acima das pretensões da sociedade, pois julgam que o homem pode ser concebido como autossuficiente, racional e autônomo, e, por isso, é incapaz de explicar adequadamente a sociedade humana. O autor pensa que se deve prestar mais atenção ao problema de como apoiar e preservar as tradições e comunidades e menos às pretensões individuais.

Esse sentimento encontra eco em MacIntyre (2001), que entende o advento do iluminismo liberal como o capítulo mais importante do desaparecimento da tradição moral racional, e aduz que não é plausível esperar que a estrutura social seja apreciada a partir de um ponto de vista desinteressado, imparcial e externo à comunidade e venha a ser julgada por padrões de genuíno valor moral.

Kukatha e Pettit (2005) entendem que as críticas direcionadas a Rawls pelos comunitários advém de sua má interpretação, quando partem do princípio que ele procurava construir a boa sociedade a partir do nada ou descobrir princípios universais sem referência às práticas morais das sociedades existentes. Entretanto, Rawls afirma que seu ponto de partida são as práticas morais de sua sociedade.

Rawls parece oferecer resposta às principais contraposições comunitaristas – sobretudo o “eu” descontextualizado –, por meio do equilíbrio reflexivo, que é o processo pelo qual os indivíduos passam para decidir quais princípios de justiça vão adotar. Na realidade social, a situação hipotética ideal da posição original não se sustenta, pois o véu de ignorância se descortina paulatinamente, haja vista os interesses pessoais de cada indivíduo na conquista dos bens. Mas, o equilíbrio reflexivo formula suas concepções em princípios de justiça numa relação dinâmica e circular, com uma ou outra variação (DOURADO, 2013, p. 47).

1.3.3 Críticas da vertente econômica à teoria de Rawls

O conteúdo racional dado por John Rawls ao igualitarismo de sua teoria não foi suficiente para garantir adesão incondicional por parte dos estudiosos. Ao situar a teoria da justiça no campo da escolha ou decisão racional, John Rawls avançou em terreno familiar a outros ramos do conhecimento, como economia, ciência política, antropologia e sociologia, abrindo espaço para que os teóricos desses ramos formulassem críticas (BRANDO, 2010).

As críticas da vertente econômica à teoria da justiça de John Rawls englobam tanto os autores de formação puramente econômica, quanto os autores que se alinham à Análise Econômica do Direito (AED). Tais críticos parecem concordar com a inadequação da ideia de posição original (BRANDO, 2010).

Brando (2010), em seu artigo intitulado “A crítica da vertente econômica à teoria da justiça de John Rawls”, traz a crítica de três autores: Richard Abel Musgrave, John Harsanyi e Richard Posner.

A crítica de Richard Posner será aprofundada no item a seguir, mas antes, passa-se a resumir as principais críticas de Musgrave e Harsanyi, segundo a leitura de Brando (2010).

A crítica formulada por Richard Musgrave busca demonstrar que, apesar da argumentação caracterizada pela constante referência à linguagem típica da economia, a concepção de justiça de Rawls não representa a solução para um problema de otimização de comportamentos sob incerteza (BRANDO, 2010).

Musgrave enfoca as inter-relações entre a aversão a risco (se total, se não total, ou se as partes atuam como se fosse total) e o véu da ignorância (conhecimento ou não das capacidades produtivas, e ao uso ou não desse conhecimento) na posição original. Sua crítica se direciona ao exame das condições estabelecidas na posição original que autorizariam o alcance da regra maximin e do princípio da diferença (BRANDO, 2010).

Musgrave criticou o fato de John Rawls ter estabelecido um elo entre a teoria da justiça e a teoria da decisão racional, mas não ter sido capaz de resolver o problema da otimização de decisões em um contexto de incerteza e riscos. Nesse sentido, sua teoria não seria mais que uma tentativa de racionalização de preferências pessoais ligadas a uma ideologia de corte igualitário. Logo, só restaria a Rawls extrair o fundamento da regra maximin diretamente dos axiomas morais, como do igual valor dos indivíduos, da autoestima, da estabilidade, da harmonia, etc. (BRANDO, 2010).

Richard Musgrave conclui que o emprego da regra maximin na posição original não é o ponto de otimização de um comportamento sob incerteza deduzido de um modelo em que o conhecimento sobre as capacidades produtivas e a aversão ao risco seriam as variáveis. Na realidade, na teoria da justiça de John Rawls, a regra maximin já é a variável predeterminada e a função do sistema é apenas encontrar o padrão de aversão ou preferência ao risco a partir do qual a regra maximin decorreria (BRANDO, 2010).

A crítica formulada por John Harsanyi também está centrada na escolha por John Rawls da regra maximin como a regra de decisão adotada pelas partes na posição original e na apresentação de uma alternativa. O autor busca minar a racionalidade da regra maximin tanto para a tomada de decisões do dia a dia quanto para a formação do consenso na posição original (BRANDO, 2010).

O fato de a posição original ser marcada pelo véu da ignorância não implica admitir que as pessoas ajam irracionalmente. E a própria deficiência da regra maximin como regra de decisão já aponta no sentido de ser ela um instrumento inepto para ser empregado no processo de dedução dos princípios de justiça. Para alcançar o princípio da diferença, como resultado da aplicação da regra maximin, John Rawls considera natural a escolha de um princípio de justiça com base na presunção de que uma pessoa virá a ser a menos afortunada da sociedade, a despeito do quão improvável seja a ocorrência desse fato. Daí a crítica de John Harsanyi ser enfática, no sentido de ser extremamente irracional tornar seu comportamento inteiramente dependente de algumas contingências desfavoráveis altamente improváveis, a despeito de quão pouca probabilidade você esteja disposto a atribuí-las (BRANDO, 2010).

Assim, a construção do princípio da diferença resultaria de uma interpretação forçada e artificial do postulado kantiano de que o ser humano deve ser tratado como fim e não como meio (BRANDO, 2010).

Harsanyi critica a própria racionalidade das partes na posição original. Em síntese, há dois principais grupos de argumentos formulados: 1) a adoção da regra maximin conduziria a decisões muito irracionais no dia a dia e também levaria à escolha de princípios de justiça inadequados, porque se atribui peso muito grande à probabilidade de ocorrência de um fato, a despeito do quão improvável seja a ocorrência; 2) rejeitada a regra maximin, as partes deveriam adotar a maximização da utilidade esperada como regra de decisão em situações de incerteza, o que significa que os arranjos institucionais escolhidos seriam aqueles que trouxessem a maior utilidade média aos membros da sociedade. Sua postura teórica se alinha à teoria moral

utilitarista. A partir dessas críticas, John Harsanyi sustenta que o princípio de justiça eleito seria o princípio da utilidade média (BRANDO, 2010).

Musgrave e Harsanyi, no entanto, não levam em conta o fato de que a escolha maximin é usada por Rawls para que os indivíduos menos favorecidos tenham uma representação preponderante na escolha dos princípios de justiça, pois, se não os colocasse em uma posição desprivilegiada, mesmo que provavelmente muito difícil de existir, os princípios certamente não atenderiam o objetivo rawlsiano por equidade e por justiça.

1.3.4 A crítica de Posner à teoria da justiça como equidade de Rawls

Assim como Rawls, Posner, expoente da Análise Econômica do Direito (AED), possui duras críticas ao utilitarismo clássico, e crê que a maximização da riqueza (justiça como eficiência) seria um substituto ético mais adequado ao utilitarismo do que as teorias neokantianas, como a teoria da justiça como equidade de Rawls.

Ressalta-se, que Posner não manteve tal postura, alterando sua concepção após diversas críticas, dentre as mais importantes, as de Dworkin. Entretanto, passa-se a abordar a teoria da justiça como eficiência de Posner, pois ela foi fruto de diversas críticas ao kantismo, principalmente, o de Rawls, o que para o trabalho é de grande interesse.

O Kantismo para Posner refere-se ao grupo de teorias filosóficas que, de um modo geral, estão centradas no princípio de que há coisas que são absoluta e intrinsecamente erradas, independentemente do bem que possam fazer a um indivíduo ou à sociedade em geral (suas consequências) (SALAMA, 2010).

Para Posner (2010, p. 71) o kantismo com suas exceções aos deveres categóricos tende a confundir-se com o utilitarismo e isso é, para ele, bem ilustrado pela filosofia moral rawlsiana, que, embora rejeite o utilitarismo por este não levar a sério a distinção entre as pessoas, define a justiça como fruto de escolhas dos indivíduos na posição original, na qual estes são destituídos de características individuais, pressupondo que escolheriam princípios de justiça capazes de maximizar sua própria utilidade.

Para Posner (2010, p. 120) nenhuma teoria do consentimento com base em uma posição original é satisfatória, não somente pelas dificuldades de descrever as preferências dos indivíduos na posição original, mas porque a posição original abre espaço para exigências feitas por pessoas improdutivas, posto que ninguém sabe se possui habilidades produtivas.

Assim, as escolhas de um indivíduo na posição original podem ser feitas por um membro improdutivo, tornando obscura a distinção moral entre a capacidade de fruir e a capacidade de produzir. Posner diz que por isso prefere que pessoas reais façam suas escolhas, ainda que incorretas, sob condição de ignorância natural, ao invés de uma ignorância artificial na posição original.

Desse modo, Posner defende que o princípio de justiça social de Rawls se assemelharia ao princípio da maximização da igualdade da renda proposto por Bentham, sendo que na teoria rawlsiana, da mesma forma, o indivíduo sacrifica em grande medida sua liberdade econômica em troca de segurança social, pois é altamente avesso a riscos (POSNER, 2010, p. 71).

Por outro lado, Posner (2010) afirma que tanto para Bentham quanto para Rawls, o grau ótimo de igualdade é apenas um palpite empírico, sendo que a necessidade de tais palpites dá à teoria de Rawls a mesma indefinição da teoria de Bentham, já que o kantismo como sistema ético pessoal ou social para tomada de decisões tem sérias deficiências, sendo a mais grave delas, assemelhar-se ao utilitarismo.

Além disso, as teorias neokantianas assim como o utilitarismo, não possuem nenhuma técnica confiável para mensurar e comparar o grau de satisfação dos indivíduos diante de uma decisão ou política em relação ao total da população (POSNER, 2010, p. 66).

Dessa forma, utilizam o princípio de Pareto como tentativa de solução da dificuldade de mensuração. No entanto, para Posner (2010, p. 106) essa solução é mais presumida do que verdadeira, pois a única forma de demonstrar a superioridade de uma alocação de recursos é provar que houve consentimento de todos os afetados (congruente com o critério de autonomia kantiano), sendo que o grande problema é comprovar o consentimento relativo às realocações que envolvam muitos terceiros interessados.

Posner (2010) também sustenta que se o perigo do utilitarismo são as aberrações morais, o das teorias kantianas é o preciosismo moral ou o extremismo, já que suas opções morais extremas como não matar uma pessoa nem que seja para salvar outras tantas, faz do kantismo uma aberração. O perigo kantiano é sua aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico (SALAMA, 2010).

Apesar disso, na leitura de Posner (2010) a maioria dos kantianos evita extremismos fabricando exceções aos deveres categóricos. Assim, ao contrário de Bentham, entendem que a tortura é errada, mesmo que possa maximizar a felicidade. Entretanto, admitiriam a tortura

para salvação de toda a humanidade, concessão que para Posner, uma vez feita, não possuiria mais limites para outras tantas, pois não haveria mais nenhum óbice lógico para a realização de um cálculo de custo e benefício.

A fim de evitarem o fanatismo, os kantianos modernos teriam uma tendência a se tornarem parcialmente utilitaristas – ou, pelo menos, parcialmente consequencialistas. Para darem conta dos seus problemas, as teorias éticas kantianas teriam uma tendência de fundirem-se com o utilitarismo (SALAMA, 2010).

Apesar de Posner aproximar as doutrinas kantianas do utilitarismo, a semelhança da teoria da maximização da riqueza com o utilitarismo também é evidente, principalmente com relação ao monstro utilitarista, até mesmo devido ao desprezo que possui pela moralidade, já que rejeita a existência de uma ordem moral universal, atemporal e acessível à inteligência humana através da razão, que segundo ele, pouco teria a oferecer à sociedade. (Brando, 2010, p. 224).

No que diferem, então, o eficientismo de Posner e o utilitarismo de Bentham? Essencialmente, no fato de que a medida de riqueza adotada por Posner é “valor econômico”, enquanto que a medida de utilidade adotada por Bentham é “felicidade”. Ou seja: em Posner, a medida de justiça é a maximização de riqueza, ou de “valor econômico” (riqueza e valor econômico são tomados como sinônimos para Posner); em Bentham, a medida de justiça é a maximização de utilidade, ou de felicidade (SALAMA, 2010, p. 12).

Para Posner (2010, p. 83) a maximização da riqueza é um princípio moral mais defensável do que a maximização da felicidade, pois fornece bases mais sólidas para uma teoria da justiça distributiva e corretiva devido a criação de um sistema de direitos pessoais e de propriedade que se aplica a todas as coisas escassas, sendo que o compromisso da abordagem econômica com o princípio dos direitos é maior do que a maioria dos utilitaristas e também maior do que dos kantianos, que priorizam a redistribuição de renda em detrimento dos direitos de propriedade (POSNER, 2010, p. 83).

Posner (2010) defende que o direito de propriedade serve para proteger o proprietário, mesmo em detrimento das necessidades de maior bem-estar social, e que os direitos devem ser inicialmente conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação de retificação, ou seja, os custos de se realocar os bens a quem mais os valoriza.

Entretanto, uma das implicações da abordagem da maximização da riqueza é que as pessoas detentoras de renda baixa e insuficiente para sustentar um mínimo padrão de vida

decente, não possuem influência na alocação de recursos, exceto se forem parte da utilidade de alguém que tenha riqueza (POSNER, 2010).

Isso demonstra claramente que para a teoria da maximização da riqueza os pobres são apenas usados de modo instrumental, pois nem ao menos devem ser considerados na distribuição, posto que são incompetentes para gerar riquezas.

Pode parecer que essa conclusão dá excessiva importância às habilidades do indivíduo. Se por acaso nascesse retardado e seu produto social líquido fosse negativo, esse indivíduo não teria direito aos meios necessários a seu sustento, mesmo não tendo culpa de ser incapaz de obtê-los. Esse resultado fere a sensibilidade moderna. Mas não vejo meios de contorná-lo que sejam coerentes com qualquer um dos grandes sistemas éticos. Rawls, entre outros, defende a visão de que o patrimônio genético de um indivíduo é uma espécie de acidente, desprovido de importância moral, o que, no entanto, é incoerente com as noções kantianas de individualidade das quais uma visão supostamente deriva. Tratar igualmente o inventor e o deficiente mental no que concerne a suas pretensões morais de controle de recursos valiosos é não levar a sério as diferenças entre os indivíduos (POSNER, 2010, p. 92).

A afirmação de Posner sobre o tratamento dado por Rawls aos indivíduos menos favorecidos pela distribuição de aptidões naturais, não é correta, pois a redistribuição e os princípios de justiça visariam a neutralizar tais injustiças, sendo que o autor trabalha com princípios de equidade. Assim, os menos favorecidos devem possuir igualdade na distribuição dos direitos fundamentais e liberdades e, somente a partir de atendido o mínimo social, o princípio da diferença começaria a vigorar, porém de modo a elevar as expectativas dos menos favorecidos.

Posner, entre uma alocação de recursos que pudesse prover a sobrevivência com um mínimo de dignidade ao deficiente mental, ou outra alocação que possibilitasse a industrialização de um invento, optaria alocar tais recursos ao inventor, que contribuiria com a maximização da riqueza da sociedade. Assim, a sociedade ficaria mais rica em detrimento da sobrevivência de um indivíduo, o que é bastante semelhante ao utilitarismo.

Posner parece elevar a monstruosidade utilitarista aos seus limites, pois a maximização de riqueza nem ao menos se presta a verificar a utilidade dela advinda, sendo que a riqueza é um valor em si mesmo.

Desse modo, as pessoas na ética maximizadora de riquezas devem dar mais à sociedade do que dela tirar, podendo-se depreender que um sistema público que proveja serviços gratuitos de saúde aos cidadãos seja um ralo, por onde a riqueza se esgota. Alguns menos radicais poderiam entrever nessa lógica “paternalista” a geração de riquezas, pois a saúde do trabalhador é importante para que haja mais produção. Entretanto, a própria

supressão do livre mercado, dada pela oferta de serviços públicos, para a maioria, já anularia tais possíveis ganhos, já que o Estado é entendido como o senhor da ineficiência.

Para a abordagem da maximização da riqueza, a única justificativa para a interferência na liberdade econômica e individual é uma séria falha operacional de mercado, séria a ponto de tornar possível o aumento de riqueza da sociedade por meio da coerção, que é por si só dispendiosa (POSNER, 2010, p. 96)

Nesse sentido, a abordagem econômica é menos receptiva, de acordo com Posner, à redistribuição que o utilitarismo. Entretanto, no sistema de maximização de riqueza a redistribuição poderia aumentar a felicidade da sociedade, mas não sua riqueza, apesar de que alguns esforços modestos para uma distribuição mais equitativa da renda e da riqueza podem se justificar economicamente se puderem reduzir os custos sociais advindos da pobreza e livrar os filantropos de todo peso da caridade, pois a sociedade é privilegiada pela filantropia sem dar sua contribuição. Salvo por estes dois motivos, é um erro criticar a indiferença da maximização de riquezas com a redistribuição, sendo que os direitos sobre o próprio corpo, sobre o próprio trabalho etc. são suficientes para gerar renda a seus proprietários (POSNER, 2010, p. 97).

Parece que Posner desconsidera que o mercado de trabalho sempre joga com a imposição do preço da mão de obra, inclusive mantendo para isso, certo nível de desemprego para contenção do aumento salarial. Assim, ser dono do próprio trabalho não gera vantagens distributivas tão elevadas quanto prega o autor. Chega a ser quase uma afronta dizer que a distribuição é privilegiada pela abordagem econômica devido ao sistema de proteção da propriedade e dos direitos, quando os menos favorecidos não são donos nem mesmo de sua mão de obra, pois não conseguem precificá-la.

Por sua semelhança com o utilitarismo e, até mesmo, pela maior crueldade da ética da maximização de riqueza, e, principalmente, por desconsiderar a importância da redistribuição de riquezas em países extremamente desiguais como o Brasil, as críticas expendidas por Posner à teoria da justiça como equidade não são moralmente sérias, pois desconsideram a importância de um maior bem-estar social e das menores desigualdades sociais.

Uma das críticas mais severas a Posner é que a maximização de riqueza trata as pessoas como se fossem células de um único organismo e o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova o bem-estar de todo o organismo. Com isso, teorias racistas ou xenófobas poderiam passar como moralmente aceitáveis. Afinal, a escravização, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade da sociedade. Em última

análise este argumento é simplesmente o de que a maximização da riqueza é, no fim das contas, apenas mais uma forma de utilitarismo (SALAMA, 2010).

Em síntese, a teoria de justiça eficientista de Posner se resume à ideia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da sociedade (SALAMA, 2008).

Posner procurou caracterizar sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia Kantiana e o utilitarismo de Bentham. Para Posner a ética da maximização de riqueza podia ser vista como uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais (SALAMA, 2008).

Assim, Posner imaginou ser capaz de aproveitar-se seletivamente de apenas alguns aspectos de cada uma dessas tradições (SALAMA, 2010).

Da tradição utilitarista, Posner reteve dois aspectos: manteve uma concepção consequentialista de moralidade e justiça e a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Do kantismo, reteve parte dos conceitos de autonomia e consenso, mas rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequentialista levada ao seu extremo lógico. (SALAMA, 2008, 2010).

A principal crítica à teoria da maximização de riqueza de Posner veio de um artigo de Dworkin, “*Is Wealth a Value?*” (“A Riqueza é um Valor?”), em que o autor defendeu o argumento de que a maximização da riqueza não poderia ser um guia para a justiça, simplesmente porque a eficiência não é um valor; e a justiça requer valores (SALAMA, 2008).

Posner passou boa parte da década de 1980 defendendo-se de seus críticos e em 1990, em seu livro “*Problemas de Filosofia do Direito*”, abandonou a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito. Assim, ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, passou a colocar a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que enxerga como as intuições de justiça do povo americano (SALAMA, 2008, p.8).

Desse modo, Posner retoma toda a crítica à naturalização de conceitos jurídicos e propõe uma fundação para o direito calcada em três eixos: 1) pragmatismo jurídico 2) liberalismo clássico; (3) e economia (SALAMA, 2008).

Posner postulará que, ao interpretar e aplicar a lei, o juiz de direito deve sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações, atentando, por outro lado, para a importância de defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do Direito terão que continuar sendo uma arte, e não uma ciência (SALAMA, 2008).

A missão do juiz pragmático é decidir de maneira razoável. O juiz deve sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração dentre diversas outras (SALAMA, 2010).

Assim como Posner se utiliza de sua teoria para direcionar a decisão judicial, pode-se defender que a teoria da justiça como equidade de Rawls, apesar de voltada aos aspectos da política normativa, também pode ser utilizada como um guia da decisão judicial, já que possui diretrizes morais importantes, mais defensáveis do que o pragmatismo/consequencialismo posneriano, que ainda se prende demasiadamente à maximização da riqueza.

Dessa forma, a partir do próximo item, passa-se a compreender a utilização da teoria da justiça como equidade como um método de decisão judicial, já que assim como as instituições e suas normas devem ser justas as decisões judiciais devem ser justas, imparciais e universais.

1.4 A teoria da justiça: equidade como técnica de decisão judicial

Sarlet e Figueiredo (2007) afirmam que cada vez mais, o Estado Juiz é chamado a resolver questões como alocação de recursos públicos e administração dos direitos fundamentais sociais, e por isso, a busca por critérios seguros que possam garantir a construção de um processo decisório constitucionalmente adequado e condizente com a justiça é urgente.

Rawls (2016, p. 72) afirma que “a inevitável vagueza das leis em geral e a grande discricção concedida à sua interpretação incentivam uma arbitrariedade ao tomar decisões que só a fidelidade à justiça pode atenuar”.

Para Dourado (2013) a falta de uma teoria filosófica crítica de base forte colabora para a falta de coerência e controle das decisões judiciais e o arbítrio pode estar ligado ao desrespeito aos arranjos institucionais acordados pela comunidade.

Dessa forma, por ser uma teoria crítica, a teoria da justiça como equidade de Rawls pode contribuir para uma interpretação no sentido da redução das diferenças, por meio de decisões judiciais coerentes com os princípios da justiça, que centram suas preocupações na distribuição dos recursos escassos (DOURADO, 2013).

Apesar de Rawls nunca ter escrito nada exclusivamente direcionado à teoria do direito, Dworkin sustenta sua teoria como contribuinte à formação de uma teoria do direito e busca demonstrar que tipos de contribuições sua teoria política da justiça ofertaria à teoria e à filosofia do direito (ROHLING, 2012).

Nesse sentido, Dworkin concebe Rawls como um filósofo do direito por conta de ter tratado de conceber a justiça como equidade como uma concepção de justiça aplicável a uma sociedade democrático-constitucional, um dos principais objetos da teoria do direito (ROHLING, 2012).

Dworkin sustenta que a construção teórica de Rawls traz consigo uma concepção de direito que é mais bem traduzida no interpretativismo do que no positivismo, ou seja, na noção de que o direito efetivamente resulta compreensível a partir da interpretação conceitual de cada caso (ROHLING, 2012).

Na concepção de Dworkin, Rawls se utiliza de um método interpretativo na análise do conceito de justiça - o equilíbrio reflexivo, com o qual tenta criar princípios que tenham alcance geral, harmonizando-os aos julgamentos concretos sobre o que é o justo e o injusto (ROHLING, 2012).

A proposta de Dworkin é o transplante do método do equilíbrio reflexivo para a teoria do direito. Para tanto, propõe que sejam identificadas situações paradigmáticas do direito, criando-se, em seguida, um polo de equilíbrio interpretativo, buscando-se um ideal abstrato que pode desempenhar, na teoria jurídica, o mesmo papel que o conceito de justiça

para Rawls, ou seja, um conceito de direito que, quando enfatizado politicamente, se liga ao conceito de legalidade ou de Estado de Direito (ROHLING, 2012).

Têm-se, então, uma concepção adequada de legalidade que equilibra os diferentes pressupostos individuais sobre as proposições concretas de direito com os princípios gerais da moralidade política. É por essa via que se poderá associar uma teoria sobre as condições de veracidade das proposições de direito a uma concepção mais ampla do valor (ROHLING, 2012).

Remetendo-se ao contrato rawlsiano na posição original, Dworkin acredita que, além dos princípios de justiça propostos por Rawls, os contratantes escolheriam o interpretacionismo em detrimento do positivismo como uma concepção de legalidade em caso de lacuna legislativa ou nos casos difíceis. Nestes casos, os juízes deveriam tentar identificar os princípios procedimentais e substanciais de justiça que melhor justificam o direito da comunidade como um todo e aplicar esses princípios ao novo caso (ROHLING, 2012).

Os representantes na posição original teriam um motivo forte para favorecer uma concepção interpretacionista do direito, pois esta concepção considera que as pessoas têm o direito não apenas àquilo que as instituições legislativas determinam especificamente, mas também à elaboração baseada em princípios de tais determinações (ROHLING, 2012).

Dworkin entende que os cidadãos ficam mais bem protegidos contra a arbitrariedade e a discriminação quando os juízes que interpretam o direito e elaboram-no nos casos difíceis são responsáveis pela coerência, não simplesmente com doutrinas específicas, mas com a coerência baseada em princípios que abranjam toda a estrutura do direito (ROHLING, 2012).

Dessa forma, como Rawls tem a intenção de considerar os princípios que norteariam as principais instituições da estrutura básica da sociedade, por extensão, dá legitimidade ao sistema jurídico. Esses princípios norteadores da ordem jurídica, em função da filiação à doutrina do contrato social, seriam os princípios da justiça. Através desses princípios, os quais formam o núcleo da concepção da justiça como equidade, base da moralidade pública numa sociedade bem ordenada, Rawls recupera as imbricações entre o direito e a moral. Os princípios da justiça aplicam-se às instituições, estabelecendo no plano do ordenamento jurídico um padrão para elaborar a constituição e as leis assim como servirem de base, primeiro, à aplicação por parte dos juízes, e, segundo, à avaliação dos próprios cidadãos acerca da justiça das instituições. Dessa perspectiva, a obra de Rawls é muito próxima da

teoria do direito, e, principalmente, do interpretativismo, pois permite a conexão entre direito e moral (ROHLING, 2012).

Dourado (2013) tenta explicar como essa ligação entre a teoria da justiça como equidade de Rawls e a teoria do direito pode ser utilizada de modo prático no julgamento de casos concretos, ou seja, como a teoria da justiça rawlsiana pode ser aplicada à decisão judicial.

Dourado (2013) defende que a sequência dos quatro estágios rawlsiano, bem como a tese da justiça procedimental pura podem servir para reduzir o arbítrio dos juízes na solução dos casos (DOURADO, 2013).

Assim, ao formular princípios de justiça substantiva, Rawls também está preocupado com a coerência das decisões dos juízes e de outras autoridades em relação à igualdade e à justiça, pois uma certa subjetividade na interpretação das normas e leis gerais da sociedade não se consubstancia em “carta branca” aos intérpretes. A argumentação das decisões de acordo com os princípios de justiça pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas (DOURADO, 2013).

Rawls propõe um sistema para a execução dos dois princípios da justiça: argumenta que é necessária uma sequência de quatro estágios para simplificar a aplicação dos dois princípios. O primeiro estágio é a definição dos princípios na posição original; o segundo estágio é a elaboração de um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos (DOURADO, 2013).

Rawls supõe que, a partir do segundo estágio, o véu de ignorância começa a se descortinar, de modo que uma constituição justa é aquela estruturada com base nos dois princípios da justiça escolhidos em um sistema de justiça procedimental pura (DOURADO, 2013).

O terceiro estágio, legislativo, se caracteriza pela análise da justiça das leis e das políticas públicas. E, por fim, o quarto estágio é o da aplicação das normas aos casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral (DOURADO, 2013).

A teoria da justiça como equidade altera a lógica da estrutura normativa proposta por Kelsen, oferecendo outro sentido à “norma hipotética fundamental”, que passa a ser entendida como os princípios de justiça escolhidos na posição original, que devem nortear a

Constituição, as leis e normas em geral, assim como a decisão judicial, descaracterizando o purismo jurídico da ciência do direito, o que é congruente com o neoconstitucionalismo.

A hipótese de Dourado (2013) é que haja uma divisão de trabalho, na qual cada um trata de tipos diferentes de questões de justiça social e que tal divisão corresponde às duas partes da estrutura básica dos dois princípios da justiça. Assim, juiz e administrador colocados no quarto estágio devem considerar a ponderação já feita pelos agentes racionais da posição original.

Com o véu de ignorância levantado, não haveria como proceder à reavaliação dos princípios, pois os pressupostos, sobretudo os desinteresses mútuos, não estariam mais presentes, na medida em que as situações concretas já seriam conhecidas (DOURADO, 2013).

Esses agentes não poderiam modificar ou subverter os princípios da justiça, tampouco sua representação em um texto constitucional justo (adequado aos princípios de justiça), de modo que o esquema garantiria a coerência das decisões judiciais e reduziria a discricionariedade (DOURADO, 2013).

Nesse contexto, tendo em vista a justiça procedimental pura, não importa o resultado último das decisões judiciais, mas a argumentação que foi consignada pelos juízes, com fundamentos coerentes com os princípios da justiça e sua representação constitucional (DOURADO, 2013).

Assim, o papel dos juízes no quarto estágio não seria realizar ponderação com os princípios da justiça já definidos, mas aplicá-los de acordo com a densificação estabelecida na constituição e nas leis, ou seja, devem manter-se fiéis aos princípios da justiça já escolhidos na posição original e na tradição histórica brasileira (DOURADO, 2013).

Dourado (2013) sustenta que se a teoria de Rawls for adotada como “exercício de argumentação”, bem como a aplicação dos princípios de justiça segundo os quatro estágios, haverá melhoria na coerência das decisões judiciais e no funcionamento das instituições jurídicas, pois a adoção de uma teoria crítica de base pode ser útil para decidir os casos difíceis levados aos juízes (DOURADO, 2013).

A argumentação das decisões, de acordo com os princípios de justiça, pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas. Enfim, há necessidade de critérios públicos e compartilhados dos princípios de justiça para as decisões judiciais (DOURADO, 2013).

Em resumo, Dourado (2013) pressupõe que as normas constitucionais e as leis são preparadas de acordo com os princípios de justiça definidos na posição original, e, por isso, devem ser aplicadas de acordo com tais princípios. Entretanto, uma pergunta que não pode ser deixada de lado é: como saber se a Constituição seguiu fielmente aos princípios de justiça escolhidos na posição original?

Rawls (2016, p. 168) afirma expressamente que a posição original pode ser utilizada a qualquer momento para simular as deliberações nessa situação hipotética para que haja o raciocínio nos limites das restrições impostas a ela.

Assim, a justiça da Constituição ou de qualquer dispositivo constitucional, lei ou decisão judicial pode ser verificada através da simulação mental das deliberações feitas na posição original. Isso é de extrema importância e vai de encontro à afirmativa de Dourado (2013) que diz que o papel dos juízes no quarto estágio não seria de realizar ponderação com os princípios da justiça já definidos, mas aplicá-los de acordo com a densificação estabelecida na constituição e nas leis.

Entretanto, não se pode ter confiança de que todas as constituições são realmente feitas com base nos princípios de justiça e se, de fato, o juiz não puder realizar a ponderação com os princípios de justiça definidos na posição original, a teoria de Rawls está ceifada de sua mais importante função, que é apreciar a justiça das instituições e de suas normas.

Dessa forma, o importante é que se analise a justiça da norma constitucional, de acordo com os dois princípios de justiça, por meio de um exercício mental que é apoiado na regra racional maximin, assim como a justiça das normas infraconstitucionais e das decisões judiciais.

Concorda-se com um dos mais famosos críticos de Rawls, Michael Sandel, de que a escolha dos princípios de justiça não é um acordo interpartes, mas uma espécie de cognitivismo, no qual é possível encontrar os princípios de justiça por meio da razão.

Somente assim, o presente trabalho se justifica, pois o objetivo é analisar decisões sobre pedidos de medicamentos de alto custo tomadas pelo STF e verificar sua aderência aos princípios de justiça escolhidos na posição original, escolha que é entendida como um exercício de reflexão autônomo, mas amplamente carregado de compromisso social, sendo aquele que faz a análise da presença dos princípios de justiça, há de se colocar no lugar dos menos favorecidos escolhendo as alternativas menos piores entre as piores.

Pode ser que muitos estudiosos de Rawls e de sua teoria vejam uma verdadeira distorção nessa previsão de utilização da teoria. Entretanto, o que se pensa é que o contratualismo ou o acordo entre partes na teoria de Rawls é desnecessário, pois como coloca todos os contratantes em pé de igualdade e pensando da mesma forma, o que se verifica não é um acordo, mas uma equalização do pensamento, o que sugere apenas um exercício mental reflexivo, que não depende de terceiros. Apenas dessa forma a posição original pode ser retomada em qualquer ocasião, como afirma Rawls.

O próprio interpretativismo da teoria rawlsiana proposto por Dworkin é consonante com esta avaliação da justiça das normas ou das decisões judiciais, pois, busca, até mesmo, adjudicar direitos não previstos na Constituição.

2 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E SUA HERMENÊUTICA

O presente capítulo irá abordar a teoria dos direitos sociais fundamentais e sua hermenêutica, sendo que serão introduzidos e discutidos os conceitos do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como as tensões existentes entre eles. Abordar-se-á também a aplicabilidade das normas sobre direitos sociais com foco no direito à saúde.

2.1 Os direitos fundamentais e os direitos sociais e econômicos

A presente dissertação pretende abordar o enquadramento das decisões relativas à adjudicação de tratamentos de saúde, em especial, em relação à adjudicação de medicamentos de alto custo pelo STF, aos princípios de justiça de Rawls. Dessa forma, sendo o direito à saúde parte dos direitos sociais fundamentais é importante apresentar, ainda que de forma breve, sua teoria e seu desenvolvimento. Portanto, passa-se a expor alguns pontos importantes ao trabalho e que serão utilizados nas posteriores análises.

Inicia-se a abordagem dos direitos sociais fundamentais pela questão da igual liberdade, que era garantida pelo Estado Liberal, mas não podia ser desfrutada por pessoas com graves insuficiências materiais. Dessa forma, não bastava que todos fossem formalmente livres se eram explorados pela dinâmica capitalista, que não lhes assegurava o mínimo de dignidade e uma cota mínima de bens que permitisse a participação na vida comunitária (CASTRO, 2012; DAOU; FILHO, 2017).

[...] o constitucionalismo liberal protegia as classes dominantes, na medida em que o tratamento igual de desiguais nada mais fez do que gerar grandes desigualdades sociais. Colocada no epicentro jurídico-constitucional da matriz liberal, a igualdade formal perante a lei contribuiu para a formação de um contexto social de verdadeira miséria humana (RODRIGUES, 2014, p. 127).

Barretto (2010, p. 211) resume da seguinte forma a evolução dos direitos sociais:

Com a superação da ética liberal, o conceito de direitos fundamentais deixou de estar circunscrito ao *status negativus libertatis*, que vedava a interferência do Estado nas atividades da sociedade civil. A instituição dos direitos sociais supunha também a garantia do *status positivus libertatis*, que compreende o terreno das exigências, postulações e pretensões com que o indivíduo, dirigindo-se ao poder público, recebe em troca prestações. É, portanto, o *status positivus* que permite ao Estado construir socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva. Deste modo, o Estado Social de Direito, substituindo o Estado Liberal, inclui no sistema de direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. A satisfação de certas necessidades básicas e o acesso a certos bens fundamentais, para todos os membros da comunidade, passam a ser vistos como exigências éticas a que o Estado deve necessariamente responder.

Nesse sentido, com a emergência dos direitos sociais, a partir do pós-primeira guerra, estes passaram a ser associados aos direitos dos trabalhadores, resultado das seguidas lutas sindicais, fato que se alterou profundamente após a segunda metade do século XX, quando foram expandidos para outras áreas (LOPES, 2013).

O Estado Social no Brasil, pelo menos do ponto de vista formal, iniciou-se com a Constituição de 1934 que inovou tematicamente ao assegurar direitos trabalhistas e ao dispor sobre família, educação e cultura, tendo, inclusive, estabelecido o direito à subsistência no *caput* do artigo 113 (ACCA, 2009, p. 115).

Saraiva (1983), a partir da interpretação do texto constitucional de 1967, considerou todos os direitos sociais como implicitamente fundamentais, e procurou desfazer a ideia dominante de que eles se restringiam apenas aos direitos trabalhistas, pois os direitos sociais seriam gênero do qual se incluiriam diversas espécies.

À época da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevalecia a tese na doutrina brasileira de que os direitos sociais eram direitos equiparados aos direitos fundamentais a prestações originárias, que independiam da intermediação do legislador infraconstitucional, ainda conforme o constitucionalismo alemão das décadas de 50 a 70 e o entendimento de Canotilho, que influenciados pela corrente socialdemocrata, defendiam a primazia dos direitos sociais (TORRES, 2013).

Entretanto, a partir da década de 1990, a compreensão sobre os direitos sociais começou a se alterar, influenciada, principalmente, pelo colapso do socialismo real e pela crise do Estado de Bem-Estar Social (TORRES, 2013).

[...] com a queda do muro de Berlim, inicia-se com maior intensidade o processo de mitigação dos direitos sociais dentro de um projeto neoliberal mais amplo de reconstrução dos direitos humanos com base na revitalização dos direitos negativos de primeira dimensão. É o fim da história, uma nova era de vitória do capitalismo liberal e de universalização dos valores norte-americanos (RODRIGUES, 2014, p. 101).

A partir daí, Canotilho (1999) passa a defender que os direitos sociais seriam meras pretensões positivadas na constituição e que estes deveriam ser determinados de acordo com a vontade do legislador, que poderia ou não efetivá-los, sempre respeitando os limites estabelecidos pelas disponibilidades orçamentárias, sendo insuscetíveis de controle judicial, exceto se inconstitucionais ou não razoáveis.

Nesse sentido, muitos autores alemães passaram a desconsiderar os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, enquanto na doutrina brasileira passou-se a

considerar os direitos sociais como uma extensão dos direitos de liberdade (tese da indivisibilidade dos direitos humanos), e, que estes não seriam plenamente sindicáveis perante o Judiciário, pois constituiriam meras diretivas do Estado (TORRES, 2013).

Outra parte da doutrina brasileira adotou uma visão principiológica, reduzindo a fundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, conforme justificado nas obras de Rawls, Habermas e Alexy. Passou também a defender a necessidade de implementação de políticas públicas pelo Legislativo e pelo Executivo, que seria um caminho democrático para a afirmação dos direitos sociais, sendo que na ausência de tais políticas públicas o controle jurisdicional não seria possível (TORRES, 2013; CHUEIRI; SAMPAIO, 2009).

Assim, os direitos sociais passam a ser definidos como uma garantia de segurança social e como instrumento de compensação das desigualdades para que se assegure um patamar mínimo de condições para uma vida digna, ou seja, os direitos sociais passam a ser entendidos como direitos fundamentais ao mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

A obra de Rawls por ser entendida como necessária para dar certo aporte teórico à minoração dos direitos sociais, que passaram a ser considerados excessivos após as crises do capitalismo. Assim o conceito de mínimo social se contextualiza com a racionalização da distribuição dos direitos sociais, que passam a ser considerados apenas aqueles fundamentais a uma vida digna.

A diferenciação entre direitos fundamentais sociais e direitos sociais e econômicos é, de acordo com Torres (2003, p.16), um dos problemas mais árduos que existem. Entretanto, o autor reduz tais diferenças ao aspecto contributivo ao afirmar que os direitos fundamentais sociais devem ser financiados por impostos e destinados a garantir prestações gratuitas para os mais necessitados; e que os direitos sociais devem ser financiados pelos próprios destinatários do serviço, que contribuem individualmente para sua manutenção, mas que, no Brasil houve o “emburilhamento entre os dois modelos”.

De modo contrário, Rodrigues (2014) afirma que a fundamentalidade material dos direitos sociais no direito constitucional brasileiro é incontestável, à medida que o constituinte originário optou por reconhecer tal status, posicionando-os em patamar superior de norma constitucional garantidora de direito fundamental.

Silva (2003), apesar de não diferenciar direitos sociais e direitos fundamentais, liga os direitos sociais aos direitos de igualdade, por propiciarem condições materiais para seu

gozo e defende que são prestações positivas proporcionadas pelo Estado aos mais fracos, direta ou indiretamente.

Para Costa (1990) os direitos sociais fundamentais são a pretensão jurídica subjetiva, individual ou coletiva, a uma intervenção ativa do Estado, no sentido de se obter uma prestação ou uma política pública protetora.

De modo mais ampliativo, Abramovich e Courtis (2002) e Sarlet e Figueiredo (2007) firmam posição de que, no âmbito do sistema de direito constitucional positivo, todos os direitos sociais são fundamentais, sejam eles expressa ou implicitamente enunciados, mesmo que não estejam sediados no título específico sobre os direitos e garantias fundamentais ou estejam dispersos pelo texto constitucional (inclusive aqueles presentes apenas em tratados internacionais, como os direitos contidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Entretanto, Lopes (2013) supõe que a classificação dos direitos sociais como direitos fundamentais trouxe complicações, sendo que a extensão desses direitos parece ficar subordinada à sua própria realização. Assim, por exemplo, o direito à saúde acaba por confundir-se com o direito à prestação de um serviço médico, o que não ocorre com outros direitos fundamentais, como o direito de propriedade, já que não obriga o Estado a conceder a cada cidadão um patrimônio mínimo.

Barcellos (2013), no mesmo sentido, entende que o direito à saúde, diferentemente do direito à educação, que é explicitamente definido em relação aos serviços a ele vinculados, pode dar margem a se concluir que toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado possa ser exigível. Porém, a despeito da redação dos artigos 196 e 198, II, da Constituição de 1988, essa conclusão não seria viável em vista da limitação de recursos (BARCELLOS, 2013).

Assim, pode-se dizer que os direitos sociais se originaram a partir das insatisfações populares em vista dos insuficientes direitos de igual liberdade que, apesar de incluir a todos, eram restritivos, pois a maior parte da população não possuía condições materiais básicas para fruí-los.

Os direitos sociais eram, no início, direitos dos trabalhadores, a exemplo da limitação da jornada de trabalho e do salário mínimo. Entretanto, em vista da insuficiência de muitos em arcar com as necessidades básicas da família, devido ao desemprego ou às condições salariais ainda insuficientes, o Estado ampliou a concessão de benefícios como serviços de

saúde e educação gratuitos, entre tantos outros, direitos que foram, em um primeiro momento, todos considerados fundamentais.

Porém, devido às frequentes e diversas crises do capitalismo, o Estado Social foi superado. Nesse sentido, houve a limitação dos direitos sociais fundamentais somente àqueles direitos que representavam o mínimo existencial, isto é, prestações cada vez mais básicas e essenciais voltadas apenas para a parcela menos favorecida da população, que não possui o mínimo de condições materiais dignas.

É bastante claro que a interpretação dos direitos sociais é sincrônica às condições econômicas, sendo que enquanto a economia mundial ia bem, a interpretação era menos restritiva, chegando, até mesmo, a ser ampliativa, o que passou a ser entendido como fator de diminuição das expectativas de lucro dos mais favorecidos.

Assim, a disputa pela interpretação dos direitos sociais continua a existir, sendo que há uma corrente preponderante que entende pela imposição de restrições e de maiores barreiras jurídicas à garantia dos direitos sociais, enquanto outra corrente defende a manutenção da amplitude dos direitos sociais e estabelece menores barreiras jurídicas à sua garantia.

A seguir, passa-se a tratar dos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, que são conceitos centrais a serem estudados para os fins deste trabalho.

2.2 O mínimo existencial

Como visto anteriormente, os direitos sociais foram, em função das sucessivas crises do capitalismo, sendo reduzidos aos seus aspectos mais básicos e essenciais. Nesse sentido, para Barcellos (2017) a falta de efetividade das garantias fundamentais foi a causa da origem da teoria do mínimo existencial, que surgiu no final do século XX, na Alemanha, a partir da percepção de que, sem as condições materiais mínimas os direitos individuais e políticos seriam uma mera declaração de intenções.

Otto Bachof, no início da década de 1950, foi o primeiro jurista de renome na Alemanha a sustentar o reconhecimento do mínimo existencial como direito às condições mínimas a assegurarem uma vida digna, sob o argumento de que a dignidade da pessoa humana reclama um mínimo de segurança material, obrigação que foi reconhecida cerca de um ano mais tarde pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha e 20 anos depois

ratificada pelo Tribunal Constitucional Federal, quando ganhou *status* constitucional (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Entretanto, Torres (2003, p. 24) sustenta que o mínimo existencial já fora institucionalizado no Estado Liberal de Direito, por meio da proibição de incidência de impostos sobre a parcela mínima necessária à existência humana digna e a imunidade em relação a taxas remuneratórias das prestações estatais positivas, sendo que, no Estado de bem-estar social, que vigorou entre as décadas de 1950 a 1970, “descuidou-se do mínimo existencial, pois se exacerbou a retórica sobre a justiça social, que conduziria à transferência de rendas da classe rica para a pobre, mágica jamais efetivada”.

Assim, somente após declínio do Estado de Bem-Estar Social, causado em grande parte pelo endividamento das nações, e nos dizeres de Torres (2003, p. 24) pelo “excessivo paternalismo e na crença ingênua de inesgotabilidade dos recursos públicos”, a ideia de mínimo existencial voltou à cena no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, para Torres (2003, p. 27) o que caracteriza o Estado Democrático de Direito é a alteração do paradigma do Estado Social, que passa a ser sensível à questão financeira, visto que o relacionamento entre o mínimo existencial e os direitos sociais é renovado e o Estado “passa a garantir o mínimo existencial, em seu contorno máximo, deixando a questão da segurança dos direitos sociais para o sistema securitário e contributivo, baseado no princípio da solidariedade”.

Interessante notar que Torres, como se verá mais à frente, defende que o mínimo existencial em saúde se resume à prevenção, saúde coletiva e emergências, e que aquilo que ultrapassar este patamar, deve ser financiado por um sistema securitário custeado pelo próprio beneficiário dos serviços.

Entretanto para Sarlet e Figueiredo (2007) os direitos sociais fundamentais e a garantia do mínimo existencial possuem vínculos profundos, ainda que haja muitos aspectos controvertidos sobre esta garantia, sendo que diferentes entendimentos sobre o mínimo existencial podem resultar em consequências jurídicas distintas (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

No próprio debate constitucional alemão houve muita divergência, especialmente em relação ao conteúdo e alcance do mínimo existencial, que se desdobrou em um mínimo fisiológico determinado pelas condições materiais mínimas de caráter existencial básico, fundamentado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana; e um mínimo existencial

sociocultural, entendido como a mínima inserção na vida social, fundamentado nos princípios do Estado Social e da igualdade (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Sarlet e Figueiredo (2007) ressaltam que não se pode confundir o mínimo existencial com o mínimo vital, já que, apenas o mínimo existencial prevê condições dignas à sobrevivência física, pois não deixar alguém morrer de fome, por exemplo, não é suficiente para se garantir uma vida digna.

Weber (2013) também entende o mínimo existencial como superior à mera satisfação das necessidades básicas exigidas pela sobrevivência física, pois como fundamento constitucional, é intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, sendo que, a própria existência do Estado seria justificada pela preservação e proteção à vida digna e sua obrigação primeira seria assegurar o acesso às condições materiais mínimas aos cidadãos.

Acca (2009) informa que é comum na doutrina brasileira dos direitos sociais haver algum tipo de associação entre dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e direitos sociais, que são relacionados de diferentes formas. Nesse sentido, o autor identificou dois grupos de autores brasileiros que tratam sobre a relação entre dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e direitos sociais: i) aqueles que dizem que a relevância dos direitos sociais está em auxiliar na proteção da dignidade da pessoa humana; e ii) aqueles que, admitindo restrições financeiras e orçamentárias por parte do Estado, afirmam que se estiver comprovado que o indivíduo se encontra com sua dignidade maculada ou abaixo na linha de um mínimo existencial o Estado tem de necessariamente atuar.

Torres (2003) faz uma objeção à ligação imediata entre o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana, ao afirmar que houve mudança em seu entendimento, com a passagem do Estado de bem-estar social para o Estado Democrático de Direito, de um princípio não passível de ponderação para a plena possibilidade de ponderá-lo com outros princípios, como os da cidadania, soberania, trabalho etc. (TORRES, 2003).

O autor ainda defende que o princípio da dignidade humana não possui superioridade hierárquica em relação aos demais princípios do artigo 1º da CF, sendo que a extensão e a interação do mínimo existencial e dos direitos sociais dependem da ponderação, que tem grande importância para o planejamento estatal, para as políticas públicas e para as opções orçamentárias necessárias à maximização dos direitos sociais (TORRES, 2003).

Outro problema observado pela doutrina alemã foi a impossibilidade de quantificação do mínimo existencial, que de acordo com Sarlet e Figueiredo (2007) e Weber (2013) depende do padrão socioeconômico vigente, e é condicionada espacial e temporalmente, apesar de haver certo consenso de que abrange mais do que a garantia de mera sobrevivência física e situa-se acima do limite da pobreza absoluta.

Torres (2003) oferece alguns exemplos de superação da dificuldade de quantificação do mínimo existencial, como aquela proposta pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, que vem tentando quantificar as parcelas necessárias à proteção do mínimo familiar diante do imposto de renda, baseando-se em valores calculados estatisticamente e nos custos das necessidades básicas. Por outro lado a ONU, com base nos trabalhos de Amartya Sen, procura estabelecer índices de qualidade de vida que podem balizar o mínimo existencial.

Para Sarlet e Figueiredo (2007) é impossível estabelecer, *a priori* e taxativamente, um elenco de prestações negativas e positivas que correspondem ao mínimo existencial, o que é, até mesmo, vedado ao legislador, que não pode atribuir valores fixos e padronizados nas normas. Apesar desta impossibilidade, o inventário de conquistas já sedimentadas deve servir como um roteiro para guiar o intérprete e os órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.

A doutrina e a jurisprudência alemãs utilizaram a premissa de que o conteúdo das prestações estatais vinculadas ao mínimo existencial deve ser disposto pelo legislador, cabendo aos tribunais decidir se elas atendem a um padrão existencial mínimo, sendo a liberdade do legislador limitada pelo atendimento ao padrão mínimo que garante uma existência digna (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Esta premissa foi incorporada pelo direito europeu e assumida por boa parte da doutrina e da jurisprudência sul-americanas. No Brasil, a crescente judicialização dos direitos sociais fundamentais, principalmente, em relação ao direito à saúde, demonstra que o judiciário tem assumido papel de fiscal das políticas públicas estatuídas pelo legislador, com a função de verificar se atendem ou não ao mínimo existencial, o que, no entanto, tem suscitado debates sobre os limites do Poder Judiciário nesta função (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Weber (2013) tenta delimitar o conteúdo do mínimo existencial sustentando que os direitos sociais fundamentais como a saúde, a educação e a habitação estão entre os direitos ao mínimo existencial. Portanto, o conteúdo do mínimo existencial é constituído basicamente

pelos direitos fundamentais sociais, sobretudo pelas “prestações materiais” que visam a garantir uma vida digna (WEBER, 2013).

No mesmo sentido, para Bahia e Barbosa (2016) é possível afirmar, que todos os direitos fundamentais presentes na Constituição de 1988 devem ser considerados como obrigações do Estado para com a sociedade no cumprimento de prestações necessárias a salvaguardar a dignidade dos cidadãos brasileiros.

Pelo que se expôs até o momento, o entendimento sobre o mínimo existencial gera diversas controvérsias, sendo que dificilmente há um acordo entre aqueles que possuem uma visão mais garantista e aqueles que raciocinam de acordo com uma determinada linha de racionalidade envolvida com o consequencialismo ou com o utilitarismo na busca da eficiência ou da maior utilidade. É nesse contexto que também surge a teoria da reserva do possível, da qual se passa a tratar.

2.3 A reserva do possível

Rodrigues (2014) informa que sob a ótica neoliberal, se fez necessária uma alteração profunda na forma de atuação do Estado em relação à efetividade dos direitos sociais até queda do muro de Berlim, em 1989, divisor de águas entre o colapso do *welfare state* e o surgimento do Estado neoliberal. Dessa maneira, a ruptura com o Estado de Bem-Estar Social e a consequente desconstrução dos direitos sociais passa a ser fundamentada a partir da insuficiência de recursos financeiros do Estado para atender a todas as demandas sociais, a denominada de “reserva do possível”.

Para Lopes (2013) o contexto do tema reserva do possível é o das promessas dos benefícios sociais transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo social ou social-liberal da segunda metade do século XX (LOPES, 2013).

A teoria da reserva do possível, derivada da limitação das atividades estatais ao orçamento, conforme preconizada pelos economistas, originou-se na Alemanha a partir dos anos de 1970 e estabelece que o Estado deve se restringir, na efetivação dos direitos sociais sujeitos a prestações materiais, à sua capacidade financeira e orçamentária, que é limite fático e jurídico tanto da ação estatal judicial quanto política no que se refere àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2007; SCAFF, 2013).

Sarlet e Figueiredo (2007) dividem didaticamente a reserva do possível em três dimensões, contemplando: a) a disponibilidade de fato dos recursos necessários à efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, ou seja, viabilidade orçamentária, administrativa e legislativa; c) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação exigida.

Esses limites aos gastos estatais também decorrem dos limites relacionados a não permissão de cobrança de impostos ou tributos aos cidadãos de maneira exagerada, desrespeitando o consentimento previsto pelas democracias constitucionais (LOPES, 2013).

Por outro lado, a reserva do possível pode ser observada quando existe impossibilidade técnica, por exemplo, quando se pretende distribuir de maneira geral e gratuita um medicamento em fase experimental ou ainda não produzido industrialmente, como o ocorrido com o famoso caso da fosfoetanolamina (LOPES, 2013).

O simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos, entretanto, não autoriza o esvaziamento dos direitos fundamentais, principalmente, daqueles relacionados à dignidade da pessoa (mínimo existencial). Por isso, o controle jurisdicional é importante para aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais (LEAL, 2008).

No mesmo sentido, para Sarlet e Figueiredo (2007) a reserva do possível não deve ser uma barreira à efetivação dos direitos sociais prestacionais, mas sua principal função deve ser a de garantir a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, protegendo os recursos para que possam ser aplicados de maneira proporcional e razoável e de modo a garantir o mínimo existencial de maneira sustentável.

2.4 O conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível

Para Canotilho (1999) a ideia de que os direitos sociais só devem ser garantidos quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos (reserva do possível em sua vertente financeira) equivale a dizer que os direitos sociais não possuem nenhuma vinculação jurídica. Portanto, para atenuar essa conclusão, a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reduziria à garantia do mínimo social (existencial), sendo que, para uma parte da doutrina, a garantia do mínimo social resulta do dever indeclinável do Poder Público de garantir a dignidade da pessoa humana e não do alargamento jurídico-constitucional dos direitos sociais.

Nesse sentido, o mínimo existencial pode ser entendido como um limite imposto pela racionalidade econômica à efetivação dos direitos sociais, que passa a reduzi-los à sua essencialidade. Por isso, pode-se afirmar que o mínimo existencial não esteja adstrito à reserva do possível, pois sendo um mínimo de direitos, não poderia ser novamente limitado ou restringido.

Sarlet e Figueiredo (2007) defendem que é imprescindível que não se confunda a necessidade de levar a sério a reserva do possível com a imposição de obstáculos à plena eficácia e efetividade do mínimo existencial, tanto como um direito de igual acesso às prestações já estabelecidas na legislação infraconstitucional, como um direito subjetivo e definitivo a prestações, conforme previsto na Constituição Federal.

Assim, uma das grandes questões jurídicas que se colocam é a solução das tensões entre mínimo existencial (direitos fundamentais) e os princípios orçamentários, principalmente com base no argumento da reserva do possível como limite entre a obrigatoriedade ou não de entregar as prestações estatais (TORRES, 2013).

Para Torres (2013, p. 74-75), apesar de o mínimo existencial não poder ser limitado pela reserva do possível, porque sua fruição não depende do orçamento (destinação política de recursos) e nem de políticas públicas (independe da discricionariedade da Administração ou do Legislativo), o limite econômico-financeiro fático deve limitá-lo, não cabendo ao Poder Judiciário abrir créditos adicionais, prerrogativa dos poderes políticos, mas apenas reconhecer a intangibilidade do mínimo existencial e vincular o Legislativo na feitura do orçamento do ano seguinte.

Bahia e Barbosa (2016) afirmam que a reserva do possível não deve ser entendida como uma barreira à efetivação dos direitos fundamentais, mas como uma garantia em consonância com o princípio da máxima efetividade constitucional, em prol da realização dos direitos sociais positivos, ou seja, não haveria porque falar que a reserva do possível limitaria o mínimo existencial, mas serviria para preservá-lo, ou seja, garantir que o mínimo existencial seja assegurado ao maior número possível de pessoas.

Enquanto o mínimo existencial não aceita a vulneração de um direito em determinado nível, a reserva do possível impõe limites materiais e racionais em contexto de recursos escassos. Por isso, haveria, de acordo com Bahia e Barbosa (2016) como conciliar o mínimo existencial e a reserva do possível, sem com isso esvaziar o conteúdo dos direitos fundamentais, equilíbrio que seria alcançado considerando a necessidade de disponibilidade

razoável de recursos e a proporcionalidade que garante o respeito à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o melhor momento para se aplicar a ideia da reserva do possível ao mínimo existencial é, no entendimento de Bahia e Barbosa (2016), na feitura do orçamento, momento em que a lei orçamentária deve estar em consonância com as orientações constitucionais, principalmente quanto à garantia das condições básicas à existência digna, proporcionadas pelo mínimo existencial, pois diante do Judiciário as questões orçamentárias envolvendo a escassez de recursos são dificilmente contornáveis pelo magistrado.

Assim, a reserva do possível adquiriria outro caráter, passando de embargo à efetivação das prestações básicas a garantidora de direitos, lastreando a responsabilidade do Estado, sobretudo na elaboração de leis orçamentárias fundadas na razoabilidade e adequação jurídica e material, tendo sempre em vista a imprescindibilidade do atendimento das necessidades básicas da população (BAHIA; BARBOSA, 2016).

Entretanto, pode-se afirmar que esta solução dada como conciliadora do mínimo existencial e da reserva do possível já é uma obrigação do Estado, que deve prever recursos orçamentários suficientes ao cumprimento do mínimo existencial. No entanto, a indisponibilidade de recursos para seu atendimento é uma constante, já que o orçamento do mínimo existencial concorre com uma série de outras áreas, que muitas vezes são priorizadas pelos responsáveis pelo orçamento público, apesar da vinculação orçamentária em relação à saúde e educação, já ser prevista constitucionalmente.

Bahia e Barbosa (2016) não têm ideias muito diferentes das de Torres (2013) que afirma que a reserva do possível é estabelecida no orçamento público e que o mínimo existencial deve ser levado em conta na alocação dos recursos. Os autores entendem que a reserva do possível é estabelecida pelo administrador e pelo legislador quando alocam a determinada rubrica recursos que garantam o direito a ela vinculado. Assim o quantum estabelecido para determinado direito é o limite que a lei orçamentária estabelece. Entretanto, apenas os primeiros autores aceitam os limites da reserva do possível ao mínimo existencial, sendo que todos aceitam que o mínimo existencial deve ser limitado faticamente pelo saldo de caixa do Poder Público.

Para Torres (2013), como o direito social fundamental não é limitado pelo estabelecido no orçamento (reserva do possível) é perfeitamente possível que o Judiciário adjudique determinado direito fundamental individual, porém não aceita que o Judiciário

manipule o orçamento ou bloqueie verbas, cabendo-o apenas estabelecer um novo padrão de mínimo existencial e vincular o legislativo na feitura do orçamento do ano seguinte.

Entretanto, como proceder diante das questões urgentes, como o tratamento de saúde que não pode esperar o orçamento do ano seguinte para ser realizado, sob pena de que a vida do cidadão seja sacrificada?

As questões alocativas em nível orçamentário, apesar de serem, por muitos, não discutíveis no Judiciário, são uma constante nos tribunais. Dessa maneira uma alocação defeituosa por parte do Executivo e do Legislativo, que não considera o mínimo existencial para realizar o orçamento dos direitos fundamentais, não autorizaria o juiz a forçar o Estado ao cumprimento do pedido individual de modo imediato?

Torres (2013) é totalmente contrário ao sequestro de recursos públicos, como o ocorrido com a autorização de bloqueio de contas públicas pelo STJ no Resp 820,674, de 14.06.2006, mesmo em se tratando de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à saúde.

Mas seria correto aceitar a morte de um indivíduo devido à incompetência do Poder Judiciário em relação ao manuseio do orçamento público, ou seja, diante de uma questão aparentemente de caráter apenas procedimental?

Espera-se que esta resposta possa ser dada depois que se entenda o que é o mínimo existencial em saúde, e o que a Constituição Federal de 1988 prevê em relação ao direito à saúde, mas antes disso, passa-se a tratar da sindicabilidade dos direitos sociais.

2.5 Os direitos sociais e sua sindicabilidade

Um grande problema relacionado aos direitos sociais prestacionais diz respeito à eficácia e à aplicabilidade de suas normas. Enquanto os direitos de defesa são diretamente aplicáveis e capazes de desencadear todos os efeitos jurídicos extraídos do texto constitucional, os direitos sociais, de uma perspectiva prestacional, dividem os autores entre aqueles que defendem a dependência ou não da atuação legislativa e administrativa para sua plena realização (PASSOS; LEITE, 2012).

A sindicabilidade ou a possibilidade de judicialização dos direitos sociais fundamentais possui algumas correntes específicas e contrapostas que podem ser encontradas tanto no âmbito normativo como no âmbito político.

No âmbito normativo, a divisão se dá entre as correntes que defendem a possibilidade ou não do Poder Judiciário aplicar as normas constitucionais sobre direitos fundamentais, de maneira direta, isto é, anteriormente à existência de leis infraconstitucionais, de acordo com as características da própria norma.

No âmbito político, a divisão se dá entre as correntes que defendem ou não a legitimidade do Poder Judiciário para intervir nas decisões políticas e qual o grau de intervenção permitido.

Em relação ao âmbito normativo a compreensão sobre a eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais diz respeito à possibilidade de aplicação direta do texto constitucional pelo Poder Judiciário ou, por outro lado, da necessária intervenção do legislador para a criação de normas infraconstitucionais que estabeleçam Políticas Públicas (ACCA, 2009).

Alexy (2007) distingue as normas constitucionais fundamentais entre direitos prestacionais explicitamente estatuídos na Constituição (regras) e direitos prestacionais obtidos através da interpretação no caso de colisão entre princípios, sendo que para o autor, embora todas as normas de direito fundamental carreguem características de princípios, existem tanto as que são princípios quanto as que são regras.

Canotilho (2008) afirma que um cidadão encontra-se numa posição jurídico-prestacional baseada em uma norma garantidora de direitos fundamentais, quando esta for de tal modo importante, do ponto de vista do direito constitucional, que a sua garantia não pode ser deixada à simples maioria parlamentar.

Entretanto, para a maioria dos autores, os direitos prestacionais necessitam de Políticas Públicas para serem implementados, assim como de uma lei que os efetive e de reservas orçamentárias. Tais direitos prestacionais são normas programáticas que não possuem aplicabilidade imediata (CASTRO, 2012).

Porém, para que se entenda a necessidade ou não de uma lei infraconstitucional reguladora é preciso entender a classificação das normas constitucionais fundamentais.

Essa classificação é baseada em três critérios, segundo Alexy (2007): i) natureza jurídica da norma, isto é, se é regra e gera direitos e deveres definitivos, ou se é princípio, e, portanto veicula direitos e deveres *prima facie*; ii) o tipo de direito outorgado, isto é, se confere direitos subjetivos ao cidadão ou obriga o Estado só objetivamente; e iii) sua vinculação, ou seja, se a norma é vinculante ou apenas um enunciado programático.

Quanto à natureza jurídica da norma, pode-se afirmar que os princípios são “mandados de otimização” caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que seu cumprimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas. Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se a regra é válida, há de se fazer exatamente o que ela manda. (ALEXY, 2007, p. 68).

Os princípios não possuem mera função acessória às regras, mas têm uma razão autônoma, pois o valor neles contido se incorpora ao fato e impõe a tomada de posição jurídica. Assim, a solução da colisão entre princípios leva em conta as circunstâncias do caso concreto e as circunstâncias sob as quais um princípio precede o outro (ZAGREBELSKI, 2008).

Quanto ao tipo de direito outorgado pela norma de direito fundamental, Castro (2012), baseado em Alexy, afirma que a expressão “direitos sociais fundamentais” é utilizada para se referir a uma gama de situações diferentes que variam desde um direito subjetivo vinculante até um direito objetivo não vinculante.

Canotilho (1999) explica que quando se utiliza um fundamento subjetivo para um direito fundamental, defende-se a importância da norma para o indivíduo, sua personalidade, interesses e ideais e quando se utiliza um fundamento objetivo para uma norma de direito fundamental, o que se tem em vista é o significado para o interesse público e para a coletividade.

Assim, uma norma garante um direito subjetivo quando seu titular tem em face ao Estado ou ao particular a prerrogativa de praticar esse ato. O direito consagrado por uma norma de direito fundamental, reconduz assim a uma relação trilateral entre o titular do direito, o destinatário, e o objeto do direito (CANOTILHO, 1999)

Perez Luño (2007) afirma que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais representa o resultado do acordo básico feito entre as diferentes forças sociais para a obtenção de objetivos comuns. Tais objetivos comuns são um importante fator legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, já que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se edifica qualquer sociedade democrática, ou seja, expressam um conjunto de valores básicos da sociedade, como o direito à vida, à igualdade, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Canotilho (2008) informa que, no campo das prestações existenciais mínimas do direito à vida, o cidadão tem um direito subjetivo originário e definitivo a estas prestações, ao

qual corresponde um dever correlativo por parte do Estado, isto é, uma posição jurídico-prestacional que é garantida por normas vinculantes reconhecedoras de direitos subjetivos definitivos a prestações.

No mesmo sentido, Nunes Júnior (2009) aponta que um dos mecanismos utilizados pelo constituinte para concretizar direitos ao mínimo existencial foi o de transformar os direitos que o integram, como, por exemplo, a assistência à saúde, em um direito público subjetivo, cuja realização está garantida constitucionalmente e pode ser demandada judicialmente caso não seja efetuada voluntariamente pelo Poder Público, independentemente de Lei infraconstitucional que a estabeleça, isto é, tais normas constitucionais não estão adstritas à reserva legal.

Quanto à vinculação da norma, esta será vinculante, de acordo com Alexy (2007) quando sua vulneração puder ser declarada por um Tribunal Constitucional, referindo-se a um mínimo existencial, e não será vinculante quando tiver enunciado programático, isto é, quando expuser pretensões prestacionais de direitos fundamentais em normas imperfeitas.

Alexy (2007) tenta diferenciar o mínimo existencial (direitos mínimos fundamentais sociais) e os direitos sociais, através da ponderação e classifica a norma de acordo com sua estrutura, que pode variar de 1 a 8. A norma n.º 1 possui maior grau de vinculação, sendo passível de controle judicial e aplicação ao direito subjetivo ao mínimo existencial. Já a norma de n.º 8 possui maior grau de discricionariedade e controle jurisdicional inviabilizado, aplicando-se aos direitos objetivos *prima facie*, ou seja, aos princípios relativos aos direitos fundamentais.

Saraiva (1983), contrariamente à posição de Alexy, afirma que se o indivíduo não puder acessar o Poder Judiciário para exigir a efetivação da norma social, esta será sempre ineficaz, o que é inadmissível, pois não se pode exprimir tais direitos de forma meramente programática.

Na mesma perspectiva, Correia (2004, p. 36) afirma que a ausência de eficácia direta da norma constitucional sobre direitos sociais pode tornar sua implementação impossível:

[...] a se considerar a existência de normas programáticas, elas devem ser revestidas [...] da possibilidade de investir o titular de um direito subjetivo à sua prestação. O primeiro destinatário da norma programática, assim, seria o legislador. O segundo seria o próprio cidadão, a quem se deve viabilizar todas as formas possíveis de sua implementação.

Nunes Júnior (2009) defende que embora as normas programáticas não gerem aos seus destinatários um direito subjetivo, podem ter sua aplicabilidade mensurada à luz de princípios constitucionais, ou seja, pode-se extrair delas um dever de agir atribuído ao Estado, que é passível de ser questionado em caso de omissão, pois a classificação da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais não se confunde com a classificação de sua forma de posituação.

Depreende-se da teoria de Alexy, que as normas de direito fundamental classificadas como regras possuem aplicação imediata. Já em relação aos princípios, há de se verificar se estes, após ponderados, geram um direito subjetivo ou não, sendo que se tais normas se referirem ao mínimo existencial dirão respeito a um direito subjetivo e terão aplicação imediata, isto é, aplicação independente da norma infraconstitucional; caso sejam uma norma programática, não irão gerar um direito subjetivo, que só existirá a partir da norma infraconstitucional.

Para Bahia e Barbosa (2016), há duas outras maneiras de entender a aplicabilidade das prestações relativas aos direitos fundamentais, a concepção objetivista e a concepção subjetivista ou relativista.

A primeira maneira interpreta literalmente o que está previsto na Constituição Federal de 1988, no § 1º do artigo 5º - a aplicação imediata das normas que definem direitos e garantias fundamentais, ou seja, não leva em conta qualquer condicionalidade relativa ao Estado, inclusive limitações orçamentárias, importando apenas a topografia constitucional. Para esta concepção nem todos os direitos fundamentais devem ser judicializáveis, mas há um núcleo mínimo, o mínimo existencial, que obrigatoriamente deve sê-lo (BAHIA; BARBOSA, 2016)

Entre os autores objetivistas encontra-se Vidal (2004, p. 164) que se refere à natureza de norma programática reclamada pelo Poder Público para a defesa da não aplicação imediata da Constituição como uma “desculpa com o intuito de se isentarem da responsabilidade da criação e efetivação de políticas públicas eficientes, contrariando, assim, expressamente o §1º, do artigo 5º da CF- 88”.

No mesmo sentido, para Sarlet e Figueiredo (2007) certos valores como a vida e a dignidade da pessoa humana são universais e, até mesmo, independem de posituação constitucional para que se compreenda sua fundamentalidade, por isso os direitos sociais são protegidos contra supressão advinda de reforma constitucional, estando também sujeitos à

lógica do artigo 5º, §1º da CF, que dispõe que a todas as normas de direitos fundamentais deve-se outorgar a máxima eficácia e efetividade, sendo estas normas dotadas de eficácia plena.

Segundo Lima (2003), as Cortes constitucionais, ao pouparem o Estado da necessidade de implementação dos direitos sociais fundamentais, assentindo a entendimentos restritivos a comandos constitucionais, como aquele do §1º do art. 5º da CF, contribui para a não efetivação desses direitos, contrariando seu papel de guardiãs da Constituição.

Entretanto, para Mallet (1991) os efeitos que se podem retirar do art. 5º, §1º ao se referir à imediata aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, são os mesmos efeitos que possuem as normas programáticas, isto é, i) determinar certas linhas de atuação para o legislador; ii) oferecer diretrizes para a interpretação constitucional; iii) possibilitar que se julgue inconstitucional qualquer legislação que venha a contrariar tal norma.

A concepção subjetivista ou relativista aplica condicionalidades, importando a análise das condições reais para prestação do direito, como os recursos estatais limitados (escassos) e a função organizadora e alocativa dos poderes Executivo e Legislativo na definição das Políticas Públicas prioritárias. Para esta concepção, os direitos, mesmo os fundamentais, são relativos, sendo que seu conteúdo é dado pelas próprias limitações. Não há um mínimo existencial, e sim um mínimo a garantir no caso concreto, que tem conteúdo variável, ditado pelas circunstâncias e limites fáticos e jurídicos (BAHIA; BARBOSA, 2016).

Para Rodrigues (2014) é inquestionável a vontade do legislador originário de conceder a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, sem necessidade de edição de norma integrativa para sua incidência nas relações concretas, porém, os direitos a prestações positivas são confrontados pela escassez de recursos e pelo princípio da separação dos poderes.

Mello (1981) totalmente aderente ao relativismo, adota posição de que os direitos sociais são normas programáticas, indeterminadas e não geram prestações constitucionais originárias, estando estas prestações reservadas às obrigações negativas do Estado, porque os direitos sociais positivos demandam recursos públicos, e sua intensidade e extensão variam de acordo com as disponibilidades orçamentárias, sendo que somente a intermediação do legislador infraconstitucional é legítima para fixar suas dimensões e condições.

Galdino (2005), baseado em Holmes e Susteim, rebate este entendimento ao afirmar que a tradicional distinção entre direitos negativos e positivos encontra-se superada, na medida em que se admite que tanto os direitos de defesa quanto os direitos prestacionais são ambos direitos positivos, que demandam prestações do Estado e, portanto geram custos. Nesse sentido:

Com efeito, a partir da obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein, denominada “The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes” fica evidenciado que também os direitos de primeira geração são direitos positivos, pois suas concretizações demandam a alocação de recursos financeiros substanciais do Estado, tais como a manutenção e a estruturação da polícia, o cadastramento eleitoral, a construção do sistema prisional, de tribunais e de outras atividades ligadas às liberdades individuais; com isso desfaz-se o mito de que os direitos liberais absenteadistas são direitos negativos, não submetidos à reserva do possível (RODRIGUES, 2014, p. 135).

Já em relação ao âmbito político, a discussão sobre a intervenção do Poder Judiciário em relação aos direitos sociais fundamentais divide-se entre aqueles que i) admitem o controle judicial apenas quanto aos aspectos procedimentais das Políticas Públicas - corrente procedimentalista; e ii) admitem o controle judicial pleno, tanto em relação ao aspecto procedimental quanto ao aspecto material das Políticas Públicas - corrente substancialista.

De acordo com Martins (2015) a corrente procedimentalista, encabeçada por Habermas, entende que a Constituição não pode ser vista como uma ordem jurídica global e suprapositiva de valores. Consequentemente, os direitos fundamentais dependem da implementação das respectivas Políticas Públicas, sendo vedada a fruição individual advinda da decisão judicial, posto que ofenderia o procedimento democrático.

Streck (2003) lembra que a proposta de Habermas é que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de proteger o procedimento de criação democrática do direito, ou seja, de que a cidadania disponha de meios corretos para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução.

Nesse sentido, os procedimentalistas defendem a ideia de que o Direito não deve se imiscuir em um espaço de escolhas políticas majoritárias, como no caso das Políticas Públicas, o que produziria um grave desequilíbrio entre poderes, gerando danos à democracia (BARCELLOS, 2013).

Streck (2003) critica o entendimento de Habermas sobre a superação dos paradigmas do Estado liberal e do Estado de bem-estar social, e seu não reconhecimento de um terceiro paradigma, que é o Estado Democrático de Direito, que estabelece mecanismos de resgate das promessas da modernidade através da revalorização do jurídico, que é inscrita na própria

Constituição, através da previsão de que as tensões do texto constitucional passarão a ser resolvidas diante do Poder Judiciário, não somente em relação a aspectos procedimentais, mas em relação ao seu conteúdo material.

No mesmo sentido, Barcellos (2013) entende que o cumprimento dos objetivos constitucionais, sobretudo, daqueles ligados ao conteúdo dos direitos fundamentais, deve ser fiscalizado pelo Poder Judiciário, conforme previsto pela própria Constituição, que proporcionou um espaço mais amplo de imposição de condicionamentos jurídicos aos poderes públicos, pois do contrário, sua normatividade seria esvaziada.

Entretanto, isso não é uma permissão absoluta para que o direito invada a seara política, devendo haver um meio termo entre a juridicização ampla dos direitos fundamentais e o total abolicionismo jurídico em relação a eles (BARCELLOS, 2013).

Streck (2003) entende que não é possível a resolução de problemas sociais somente no âmbito político-democrático, por cidadãos plenamente autônomos, como preconizado por Habermas, pois o problema da exclusão social e da colonização de suas relações impossibilita sua existência.

Entretanto, o acesso ao judiciário também está eivado do mesmo tipo de problema referente à exclusão social e à colonização das relações, o que de certa forma, não é um argumento que se relacione apenas às questões político-democráticas.

A segunda corrente é a substancialista, liderada por Cappelletti, defende o caráter principiológico e dirigente da Constituição, sendo que as normas que definem os direitos e as garantias fundamentais possuem aplicação imediata e são plenamente capazes de ser sindicadas perante o Judiciário, que pode adjudicá-los individualmente (MARTINS, 2015).

Os substancialistas defendem que deva haver controle social, mediante o Poder Judiciário, em relação ao gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, pois imprescindível à própria capacidade deliberativa dos cidadãos, principalmente em relação às condições sociais mínimas para o exercício das liberdades políticas (STRECK, 2003; BARCELLOS, 2013).

Para Streck (2003) o Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que coloca em evidência, inclusive contra a maioria, a vontade geral implícita no direito positivo, particularmente, aquela presente no texto constitucional, priorizando a maioria que fundou a Constituição, já que é ela quem estabelece as condições do agir político-estatal - contrato

social, e, conseqüentemente, é inexorável que a positivação dos direitos sociais fundamentais leve a um papel de absoluta relevância do Poder Judiciário.

O autor ainda defende que a Constituição Federal de 1988 é comunitarista e que os constitucionalistas lutaram para que fosse incorporada nela compromissos ético-comunitários, buscando o resgate da força do Direito, propondo que a jurisdição é a guardiã dos valores materiais nela positivados, e que o Judiciário passou a fazer parte da arena política (STRECK, 2003).

No mesmo sentido, Ohlweiler (2013) defende que o amplo controle jurisdicional das políticas públicas, ou seja, tanto procedimental quanto material, relaciona-se com o fundamento constitucional das políticas públicas, podendo-se referir à cláusula do Estado Social como linha condutora da sua construção, sendo que, obrigatoriamente, devem ser seguidos pelo administrador público, que está vinculado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da redução das desigualdades sociais etc.

Já para Lopes (2013), apesar de expressamente incorporados à Constituição Federal como direitos fundamentais, os direitos sociais dependem de legislação infraconstitucional para serem realizados, pois há necessidade de se organizar os serviços e os meios financeiros, já que a decisão alocativa do Estado é uma decisão política e não jurídica, sendo ligada à conveniência, e, por isso, de responsabilidade dos poderes Executivo e Legislativo.

No entanto, entende que a judicilização de questões que envolvem direitos sociais, ainda que problemática, não deve ser descartada, pois é uma forma de fazer com que o Estado preste explicações convincentes sobre suas escolhas e prioridades (LOPES, 2013).

Para Leal (2008), a garantia dos direitos fundamentais não pode ser deixada, simplesmente, ao alvedrio parlamentar, pois esta garantia se afigura como uma posição prestacional, que envolve a realização de ações concretas para viabilizar o acesso e a concretização dos comandos constitucionais.

2.5.1 A aplicabilidade da norma constitucional relativa ao direito à saúde

Como visto anteriormente, os direitos sociais são interpretados de forma divergente pela doutrina, que os trata ora como direitos fundamentais aplicáveis anteriormente à existência de normas infraconstitucionais que os regule, ora como direitos aplicáveis apenas após a edição de tais normas.

Por outro lado, a doutrina diverge também sobre se direitos sociais são coletivos ou individuais, sendo que a adjudicação individual é por muitos inadmitida. De outra banda, discute-se se eles são direitos objetivos ou subjetivos, conforme se tratem de princípios gerais norteadores ou de regras aplicáveis.

Assim, no que diz respeito à aplicabilidade da norma constitucional relativa ao direito à saúde, Dallari (1995) entende que, o Judiciário está constitucionalmente obrigado a especificá-lo, considerando a imediata exigência em qualquer nível, sendo que não se pode alegar ausência de norma regulamentadora para justificar sua não aplicação imediata.

No mesmo sentido Spitzcovsky (2006, p. 69) comenta que em razão da importância conferida ao direito à saúde

aceitar a idéia de que os dispositivos constitucionais relacionados à saúde são de caráter programático e que sua aplicabilidade depende de norma regulamentadora significa dizer que a eficácia do Texto Constitucional está subordinada a uma norma hierarquicamente inferior no sistema jurídico, o que não se admite.

Segundo José Afonso da Silva (2009) o artigo 196 da CF/1988 não impõe uma obrigação jurídica propriamente dita, mas traz um princípio, segundo o qual a saúde para todos e cada um está incluída entre os fins estatais, e deve ser atendida, sendo que o referido artigo possui eficácia limitada por estabelecer apenas uma finalidade, sem impor obrigatoriamente ao legislador a edição de uma lei. Para ter eficácia plena a norma depende de uma política pertinente à satisfação dos fins nela indicados.

Para Torres (2013) os direitos sociais fundamentais diferem dos direitos sociais e econômicos, porque não necessitam de leis infraconstitucionais que estabeleçam as políticas públicas. Porém, em relação ao direito à saúde, o autor sustenta que este é um híbrido entre os direitos sociais fundamentais e os direitos sociais e econômicos, e para ser efetivado necessita de leis infraconstitucionais e não pode ser adjudicado diretamente pelo Judiciário, que deve se limitar a determinar a implementação da política pública adequada.

Para Amaral (2001) a alocação de recursos é necessariamente uma decisão política e qualquer tentativa de estabelecer o contrário poderia romper o equilíbrio do jogo da democracia. A falta de critério único para a tomada de tais decisões faz com que o controle judicial tenha um papel secundário em um plano em que o ator principal é o controle político, marcadamente através do voto popular e da atuação da sociedade civil organizada.

Como será tratado mais à frente, o direito à saúde possui idiosincrasias, a mais importante delas, a necessidade de que os tratamentos de saúde disponibilizados pelo Estado

sejam definidos de acordo com critérios técnico-científicos. Apesar de se aceitar a aplicabilidade imediata da norma constitucional sobre os direitos sociais fundamentais, esta limitação técnica relacionada à avaliação da terapêutica pelo Judiciário, a despeito de qualquer tipo de assistência técnica, não é apropriada para a incorporação de tecnologias de saúde ainda não disponibilizadas pelo SUS, sendo que as limitações nesta área não se dão apenas no âmbito normativo ou político, mas, sobretudo, no âmbito técnico-científico.

Corroborando esse ponto de vista a afirmação de Dworkin (2011), de que o órgão público encarregado de supervisionar a distribuição de assistência médica deve decidir quais tratamentos são necessários e apropriados, baseado nas melhores e mais recentes documentações médicas, além proporcionar constantes reavaliações da tecnologia.

3 O DIREITO À SAÚDE - UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

O capítulo abordará o direito à saúde presente na Constituição Federal de 1988, com a apresentação de seus princípios, em especial a universalidade e a integralidade do direito à saúde e cotejá-los como os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. Pretende-se também demonstrar, de forma breve, os critérios de incorporação de novas tecnologias médicas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

3.1 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi um importante marco jurídico de institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil, uma vez que os valores vida e dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, impuseram-se como núcleo básico de toda hermenêutica do sistema jurídico, como critério de valoração e baliza da atuação estatal (DAOU; FILHO, 2017; LIMA, 2013).

Em relação ao direito à saúde e ao acesso à assistência médica, antes da Constituição Federal de 1988, a população brasileira se dividida em três categorias: i) aqueles que podiam pagar pelos serviços; ii) os que tinham direito à assistência do INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (trabalhadores com carteira assinada e contribuintes da Previdência Social); e iii) aqueles que não tinham nenhum direito e viviam da caridade das entidades filantrópicas (CASTRO, 2012, p. 267).

Contudo, a partir da Constituição Federal de 1988 o direito à saúde passou a ser previsto como um direito universal e integral, congruente com os critérios estabelecidos na Reforma Sanitária, ocorrida nos anos 80, que foi uma espécie de guia para a constitucionalização do direito à saúde.

Nesse sentido, a Reforma Sanitária

exerceu forte influência na Constituinte, especialmente no tocante à área da saúde. Como resultado dessa pressão, foram aprovados grande parte dos artigos relativos à área da saúde na Constituição Federal. Com o artigo 196 da Constituição Federal, fica estabelecida a universalidade de cobertura dos serviços e ações de saúde, isto é, o serviço deve atender a toda a população. O artigo 198 da Carta Magna estipula as fontes de financiamento do modelo de assistência médica: os recursos sairão inicialmente da Seguridade Social, da União, dos estados, e dos municípios (CASTRO, 2012, p. 128).

O direito à saúde é classificado como um direito fundamental de defesa, isto é, como direito à abstenção por parte do Estado e dos particulares de ofensas à integridade física e corporal e, também, como um direito a prestações, ou seja, o direito a uma prestação de determinadas atividades, como organização de um serviço de saúde, atendimento médico-hospitalar, medicamentos etc. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Sarlet e Figueiredo (2007) afirmam que o direito à saúde tem dupla fundamentalidade: formal - ligada ao regime jurídico de proteção reforçada, abrangendo a superioridade hierárquica gozada pelos direitos fundamentais; e material - relacionada à sua condição essencial para manutenção da vida e do desfrute e exercício da plena autonomia humana.

Em sentido amplo, o direito à saúde abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos, bem como a organização de instituições, serviços, ações e procedimentos. Em sentido estrito, a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de bens materiais, como medicamentos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

O artigo 197 da CF/88 reconhece que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, isto é, relacionam-se com o interesse público, incumbindo à administração realizar ações e programas na área de saúde em benefício e proveito do bem-estar da população (PASSOS; LEITE, 2012).

Além disso, o artigo 198, inciso III dispõe que o atendimento será integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (medicina curativa).

Ao interpretar o artigo 196 da Constituição Federal, Santos (2010) o dividiu em duas partes: i) a primeira parte, mais difusa, corresponde aos programas sociais e econômicos que visam à redução coletiva de doenças e está relacionada à qualidade de vida, numa demonstração de que a saúde tem conceito amplo, que abrange o bem-estar individual, social, afetivo, psicológico, familiar, etc. e não apenas a prestação de serviços assistenciais; e ii) a segunda parte, mais objetiva, obriga o Estado a manter ações e serviços públicos que possam promover a saúde, prevenir e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem, através do acesso a uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados.

O direito à saúde como um direito social se relaciona com o direito coletivo, porém é incorreto entendê-lo apenas sob essa ótica, pois a saúde é uma questão que envolve cada

indivíduo e suas particularidades, constituindo também um direito subjetivo de exigir do Estado as medidas necessárias à preservação da saúde, que não se restringem apenas àquilo que o Estado quiser prestar (BRITO FILHO; FERREIRA, 2016).

No mesmo sentido, Sarlet (2011) defende que embora comum às pessoas, o direito à saúde guarda relação com as necessidades físicas e psíquicas individuais, sendo que a padronização de tratamentos de saúde eleitos por determinada política pública pode se tornar excludente.

Não obstante o mandamento constitucional, na prática, observa-se que a efetivação do direito à saúde encontra óbice, tanto pela ineficácia do Estado na realização de políticas públicas, quanto em razão de ainda existir resistência por parte da doutrina à plena e incondicional realização desse direito, a partir da força de algumas teorias que negam ao indivíduo o pleno gozo desse direito (DAOU; FILHO, 2017).

De acordo com o acima afirmado por Brito Filho e Ferreira (2016) e ratificado, de certa forma por Daou e Filho (2017), poder-se-ia imaginar, que qualquer demanda de saúde não constante das políticas do SUS deveria obrigatoriamente ser atendida. Entretanto, há necessidade de que haja critérios objetivos que possam limitar o acesso dos cidadãos aos tratamentos cuja eficácia científica esteja comprovada, dentre outros pré-requisitos que possibilitem ao Estado custeá-los de maneira segura e visando a boa aplicação dos recursos públicos, principalmente, no atendimento dos menos favorecidos, o que voltará a ser discutido.

No próximo item, passa-se a aprofundar o direito à saúde em relação aos seus princípios, sintetizados por Prata (2013), com base no artigo 196 da Constituição e artigo 2º, § 1º, da Lei Orgânica da Saúde: a universalidade, que é o acesso universal e gratuito (gratuidade) aos serviços de saúde oferecidos pela rede pública, a igualdade, que se refere às mesmas oportunidades de acesso aos serviços de saúde e a integralidade, que é o atendimento a todos os níveis de complexidade.

3.2 O acesso universal e igualitário à saúde

A universalidade é interpretada de maneira diversa pela doutrina. Alguns autores entendem a universalidade como o acesso de qualquer cidadão, independentemente de sua condição socioeconômica, aos serviços de saúde patrocinados pelo Estado de forma gratuita. Uma segunda corrente defende que a universalidade deve ser restrita à capacidade do Estado

em fornecer de modo igual e simultâneo a todos os cidadãos os mesmos serviços de saúde gratuitos, e para isso, os serviços devem ser os mais básicos e menos custosos. Outros autores, ainda, entendem que o acesso não deve ser universal, mas direcionado apenas aos mais pobres.

Assim, autores como Botazzo (2008, p. 144) afirmam que a universalidade do direito à saúde “significa que todo cidadão, independente de sua inserção social no processo produtivo, nível de ingresso financeiro, filiação político-partidária, crença religiosa, sexo, idade ou etnia, terá seu direito à saúde garantido e preservado pelo Estado”.

Com a mesma orientação, Cohn (2005) entende que não há como negar que a reforma do sistema de saúde brasileiro defendeu o acesso aos bens públicos essenciais como um direito do cidadão, independentemente de sua situação social, sem qualquer forma de discriminação, e que, sob essa ótica, a saúde é vista como direito do cidadão e responsabilidade do Estado e deve ser financiada com recursos provenientes dos orçamentos públicos das distintas esferas de governo.

Slaibi (2004) defende a ideia de que devem ser distribuídos remédios e ser subsidiados tratamentos para todos aqueles que necessitem, e que o Estado não pode alegar falta de recursos, pois segurança, saúde e educação são prioridades estabelecidas constitucionalmente.

Para Castro (2012) a reforma sanitária aboliu qualquer discriminação, assumiu a igualdade como valor e formulou um modelo de ética e de justiça social baseado na solidariedade. Assim, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 é a tradução desse ideal igualitário e foi com base na igualdade do valor conferido a toda pessoa humana, que se concebeu a igualdade de acesso aos serviços de saúde.

Nascimento e Zioni (2010) defendem que o acesso universal aos serviços e ações de saúde dentro do SUS é a expressão do direito ao mínimo social em relação à saúde, devendo ser efetivado sempre atrelado à integralidade da atenção em cada caso concreto.

Outra corrente de autores, entretanto, contrariamente ao entendimento da universalidade como o livre acesso de todos aos tratamentos de saúde financiados com recursos públicos, defendem que a universalidade está condicionada à capacidade orçamentária e financeira do Estado, que deve arcar com um sistema que possa oferecer simultaneamente a todos os indivíduos da sociedade o mesmo nível de tratamento.

Assim, Lopes (2006) critica como os Tribunais enfrentam o problema da justiça distributiva na atribuição dos direitos sociais, concluindo que não se nota nos argumentos judiciais o tema da universalidade e do gozo simultâneo dos direitos. Ou seja, não se analisa a capacidade do Estado em estender a todos os demais indivíduos da sociedade simultaneamente um determinado direito garantido individualmente, como por exemplo, um tratamento de saúde. Se o Estado puder arcar apenas com o tratamento de um único demandante ou ainda com poucos demandantes, o Judiciário estará afirmando um direito que aparentemente é democrático, mas que só pode ser concedido ao primeiro que chegar.

Todavia, a simultaneidade defendida por Lopes (2006) é criticável, pois as patologias, mesmo as epidemias não acometem a todos de uma vez, sendo que deve haver uma programação em nível orçamentário de acordo com estudos epidemiológicos que possam prever a incidência das doenças. Entretanto, concorda-se com o fato de que a adjudicação de determinados tratamentos de altíssimo custo a poucas pessoas não é condizente com critérios de justiça e equidade, o que será discutido posteriormente.

Leal (2008) em sentido semelhante entende que diante da universalidade do direito à saúde não há como negar que qualquer política pública ou ação preventiva e curativa necessitem levar em conta a demanda global que envolve tais interesses, sob pena de atender somente a alguns poucos.

Carneiro (2004, p. 386) fala sobre a quebra da isonomia, mas não se refere à simultaneidade:

[...] a limitação de recursos impede a satisfação de todos [...] Não se trata, entretanto, de negar a existência de um dever do Estado ao tratamento ou de negar o direito à vida, à dignidade, etc. Trata-se de assumir a escassez como fato inexorável e admitir que o cumprimento de uma prestação – viável em termos absolutos face à existência de recursos em caixa – representará uma quebra de isonomia de tratamento conferido a outros cidadãos também detentores de direitos e necessidades relacionadas a prestações efetivas do Estado (CARNEIRO, 2004, 386-387).

Ciarlini (2008), da mesma forma, ressalta que, embora seja importante o critério do acesso universal à saúde, no mundo concreto as questões econômicas, financeiras, políticas, sociais, bem como burocráticas, acabam gerando o resultado contrário, transformando tais políticas em exclusão social.

Lima (2013), mais especificamente em relação aos medicamentos de alto custo ou não constantes da lista oficial do Ministério da Saúde, entende que uma decisão judicial que obrigue o Estado a fornecê-los de forma gratuita e automática é um equívoco, pois não leva em conta a capacidade financeira e orçamentária estatal, sendo que a própria universalidade

acaba sendo prejudicada, pois esta somente é atendida na medida em que todos possam ter acesso a tratamentos de saúde que estejam ao alcance financeiro do Estado, sendo que os tratamentos mais básicos e menos custosos têm maior chance de atender à universalidade.

Nota-se que o entendimento de Lima (2013) confronta os princípios do direito à saúde estabelecidos na Constituição Federal de 1988, pois o nível de tratamento previsto chega a um grau de alta complexidade, sendo que os tratamentos básicos são a parte mais importante da estrutura, mas não são o limite da saúde pública no país.

De modo ainda mais restritivo e contrariamente ao que foi constitucionalizado, Lima Filho (2006) sustenta que os direitos sociais não devem ser atribuídos universalmente, porque contrariamente aos direitos civis e políticos, que têm uma titularidade universal e abstrata, os direitos sociais têm uma titularidade específica, ou seja, dirigem-se a pessoas específicas, de acordo com suas condições sociais, econômicas, culturais e pessoais. Assim, os interesses e as necessidades básicas que constituem o objeto e o fundamento dos direitos sociais pertencem não a todos, mas a um sujeito em sua específica situação social de carência:

[...] os direitos sociais são direitos que efetivamente visam se não eliminar, pelo menos diminuir as desigualdades socioeconômicas e culturais. São, portanto, qualquer que seja o ângulo que os visualizemos, direitos de liberdade, de igualdade que objetivam proporcionar uma existência digna. Por conseguinte, direitos intimamente ligados à dignidade humana e por isso atribuídos, sobretudo, aos carentes que, em verdade, são seus titulares (LIMA FILHO, 2006, 31-33).

Em sentido semelhante, para Sarlet e Figueiredo (2007) a universalidade dos serviços de saúde não tem como desdobramento necessário a gratuidade para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão deva ser satisfeita, pois as diferenças socioeconômicas são aprofundadas pela universalidade do tratamento em saúde, sendo que, se a igualdade material não for adotada, cada vez menos recursos serão direcionados para quem mais precisa (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Assim, concluem os autores, que se deve restringir o atendimento gratuito a quem precisa, exceto nos casos de urgência (risco iminente de vida). Nesse sentido, a salvaguarda da vida é prioritária em relação à reserva do possível, ainda que, eventualmente comprometa outras demandas ou demande ajustes orçamentários, apesar de que determinadas limitações físicas como leitos, por exemplo, não podem ser desconsideradas (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Entende-se que as teses de Lima Filho (2006) e Sarlet e Figueiredo (2007) também contrariam a vontade constitucional, pois a universalidade, até mesmo por uma questão

semântica, não é passível desse tipo de interpretação, sendo que, para se estabelecer no país o atendimento focado apenas nos mais pobres, haveria a necessidade de uma nova Constituição, posto que o direito à saúde como direito fundamental é cláusula pétrea.

Da mesma forma, tentando restringir a universalidade, Torres (2001) divide o direito à saúde em duas frentes bem definidas e distintas: a saúde preventiva, tratada como direito fundamental, assegurada pelo art. 196 da Constituição Federal, cujo acesso deve ser universal e igualitário, e a saúde curativa definida pelo autor como direito social, cujo acesso deveria ser analisado a partir de critérios elaborados pela teoria da justiça.

Torres (2001) alega que no Brasil foram feitas interpretações equivocadas entre o mínimo existencial e a necessidade de maximização dos direitos sociais, o que, no seu entender, resultou na completa confusão das garantias desses direitos na Constituição de 1988. A confusão feita no país ao importar a teoria alemã do mínimo existencial reside em definir a saúde curativa como um direito fundamental e como tal assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, sendo que o correto seria entender que as prestações de medicina curativa estariam compreendidas no âmbito dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal, como máximo social, diversamente do mínimo social.

Castro (2012, p. 280), por sua vez, discorda da posição de Torres:

Em primeiro lugar, porque, ao incluir as ações e prestações de serviço curativas (como, por exemplo, consultas, exames e tratamento do diabetes) dentro do máximo social e as ações e serviços preventivos de saúde dentro do mínimo existencial, o autor assume uma posição de dicotomia entre medicina preventiva e curativa, que não mais se coaduna com o conceito ampliado de saúde incorporado pelo SUS na organização e funcionamento do sistema. Em outras palavras, não existe mais essa dicotomia, mas, mesmo que se admitisse a existência do binômio cura- prevenção [...] o mínimo existencial do caso concreto pode se referir tanto às ações na prevenção da doença (preventiva) quanto ao seu tratamento (curativa). Ao paciente diabético, com dificuldade de controle da glicemia, tanto os exercícios físicos e a reeducação alimentar (ações de prevenção) como a insulina (ação curativa) podem se constituir no mínimo existencial para a obtenção de qualidade de vida. Dentro das ações previstas na linha de cuidado, o paciente tem direito à atenção integral. Apenas fornecer kits e medicamentos não satisfaz o direito ao mínimo existencial do paciente diabético. Em outras palavras, a integralidade da atenção, contemplada no cronograma de ações da linha de cuidado, é, no caso concreto, expressão do mínimo existencial do seu direito à saúde.

Entende-se que o fundamento da discordância de Castro (2012) é compatível com a integralidade adotada na Reforma Sanitária, na qual prevenção e tratamento foram aproximados, propiciando um atendimento global aos pacientes.

Além da universalidade do direito à saúde, outro princípio de grande importância é a equidade em saúde, isto é, a igualdade material, sendo que aqueles que possuem as mesmas condições de saúde devem ter acesso aos mesmos tipos de tratamento.

Nesse sentido, para Sarmiento (2006) a preocupação com a igualdade material faz com que a universalidade e a integralidade passem a ser um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas. A integralidade será abordada a seguir.

3.3 Integralidade

Assim como a universalidade, a integralidade como um dos princípios do direito à saúde presentes na Constituição Federal de 1988 é objeto de muitas discordâncias. Apesar de ser um termo utilizado no campo da saúde desde a primeira metade do século passado, não existe um consenso quanto a sua definição. A Constituição apresenta a integralidade pensada na lógica do acesso e articulação de todas as ações e níveis de atenção à saúde (BRITO-SILVA et al, 2012).

Na primeira metade do século XX, com a expansão das políticas sociais e dos sistemas de saúde, surge em nível mundial a diretriz política da integralidade. No Brasil, a integralidade passa a fazer parte das propostas de reforma sanitária no início da década de 1980, com a criação de programas abrangentes para grupos específicos, como o Programa de Atenção integral à Saúde da Mulher (CONILL, 2004).

Mattos (2001) informa que a integralidade pode ser definida a partir de três conjuntos de sentidos: relacionado às práticas dos profissionais de saúde; à organização dos serviços e das práticas de saúde; e à abrangência das políticas de saúde.

No aspecto relacionado com as práticas dos profissionais de saúde, a integralidade se vincula com o movimento da medicina integral e sua crítica aos currículos formadores de médicos com atitudes fragmentárias e reducionistas, centrados na doença, tendo como campo privilegiado de atuação o hospital, desconsiderando o social, o coletivo, o público e a comunidade (BRITO-SILVA et al, 2012).

Em relação à organização dos serviços e das práticas de saúde, discute-se a tentativa de superar a dissociação entre as práticas de saúde pública e assistencial (filantropia) consolidadas no país nos anos 1970. Os serviços devem estar organizados para atender de forma abrangente as necessidades da população de sua responsabilidade. Nesta concepção, a

integralidade não seria apenas uma atitude, mas um modo de organizar o processo de trabalho (BRITO-SILVA et al, 2012).

Já em relação à abrangência das políticas de saúde, que é o principal foco de interesse do presente estudo, a integralidade está relacionada às configurações de políticas específicas ou especiais. Defende-se a ampliação do olhar sobre os sujeitos a serem tratados e do elenco de ações contempladas nestas políticas, tanto preventivas quanto curativas (BRITO-SILVA et al, 2012).

Nesse sentido, para Pinheiro (2007) a integralidade significa assegurar o acesso a todos os tipos de práticas terapêuticas, garantir que o usuário participe ativamente da decisão da melhor tecnologia terapêutica a ser utilizada em seu caso, e que seja acolhido e respeitado durante a sua permanência no serviço de saúde.

Para Cecílio (2001) a integralidade da atenção possui duas dimensões: focalizada e ampliada. A primeira se refere ao compromisso e à preocupação da equipe de saúde de um determinado serviço em atender da melhor maneira possível as necessidades de saúde trazidas pelos usuários, e que englobam: boas condições de vida, capacidade de acesso e consumo de toda tecnologia de saúde capaz de melhorar e prolongar a vida, e vínculos afetivos e efetivos entre usuário e profissionais, em relação de confiança.

Devido à abrangência desta concepção, a integralidade não pode ser plena apenas no âmbito de um determinado serviço, surgindo a segunda dimensão da integralidade com os serviços de saúde pensados em rede - articulação entre os serviços de saúde, visto que as várias tecnologias estão distribuídas em diferentes serviços (CECÍLIO, 2001).

Segundo Aith (2010, p. 212) a integralidade corresponde a todos os cuidados cabíveis para cada tipo de doença, segundo o estágio de avanço do conhecimento científico existente, não importando o nível de complexidade exigido, pois "a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao alcance para a recuperação da saúde de um indivíduo, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos".

Contrariamente, para Weichert (2010) a interpretação da integralidade como fonte de direito ao consumo de insumos de saúde fornecidos gratuitamente pelo Estado, desvirtua o conteúdo da norma constitucional, pois atenta contra os preceitos também constitucionais que exigem atenção coletiva, equitativa e isonômica aos cidadãos.

Mendes (1993) vê na integralidade apenas uma estratégia para ultrapassar a dicotomia existente entre ações de promoção e prevenção à saúde *versus* ações curativas e reabilitadoras, isto é, a integralidade abrangeria as duas ações.

Para Brito-Silva et al (2012) o princípio da integralidade representa o reconhecimento da complexidade e das necessidades de cada indivíduo, demonstrando que o direito à saúde no Brasil não está restrito a uma “cesta-básica” de serviços, mas deve contemplar o essencial para um cuidado à saúde com dignidade.

No entendimento de Castro (2012) o significado da integralidade da atenção é assegurar o acesso a tratamento ou medicamento que permita ao indivíduo sobreviver com dignidade, inobstante sua ausência na lista de medicamentos do SUS, pois é a necessidade comprovada que gera o direito de obtê-lo:

[...] a sua ausência da lista oficial não afasta a responsabilidade do Poder Público pela aquisição do medicamento quando este consistir no mínimo existencial para garantir a saúde do paciente, uma vez que o SUS é um sistema que garante a integralidade da assistência (CASTRO, 2012, p. 219).

O autor sustenta que a comprovação da necessidade de determinado medicamento ou tratamento deve ser feita com informações clínicas e laboratoriais sobre o real estado de saúde do paciente e é prudente que os Tribunais cerquem-se de apoio técnico para tal tarefa. Assim, uma vez comprovada a necessidade real de determinado procedimento ou medicamento, este constitui o mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto e sem atendimento integral das necessidades do paciente, não há concretização do mínimo existencial do seu direito (CASTRO, 2012).

Sarlet e Figueiredo advogam que o juiz deve assumir um papel mais ativo na condução dos pedidos de tratamento médico, principalmente, se atendidos os critérios de adequação e necessidade, solicitando auxílio técnico especializado para apurar o embasamento científico da terapêutica proposta, pois é necessário garantir a efetividade do mínimo existencial, ainda mais em relação a questões de saúde, mas também devido à necessidade de racionalizar e otimizar a utilização de recursos públicos (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Entretanto, no entendimento de Sarlet (2002) a Constituição não define, a não ser em termos gerais, em que consiste exatamente o objetivo do direito à saúde, não se podendo inferir o direito à saúde como direito a prestações que abrangem todo e qualquer tipo de

prestação relacionada à saúde humana, nem tampouco se este direito encontra-se limitado às prestações mais básicas e vitais.

Para Marcelo Neves, no prefácio do livre “Saúde e Supremo Tribunal Federal”, de autoria de Fernanto Rister de Sousa Lima, a noção de acesso universal e integral à saúde está relacionada com a implementação de políticas redistributivas, sendo que não se pode afastar do acesso igualitário como tem sido observado nas decisões judiciais, que em nome da universalidade e da integralidade, contribuem para aumentar a desigualdade e intensificam a exclusão social, com decisões favoráveis a tratamentos milionários, para indivíduos que, via de regra, são bem situados socioeconomicamente. Nesse sentido, o prefaciador chama atenção para o fato de que se está a garantir um “superdireito” a uma elite, enquanto grande parte da sociedade continua excluída com apenas um “subdireito” à saúde (LIMA, 2016).

Como se verifica, há muitas discordâncias em relação à interpretação da integralidade, prevista no artigo 196 da Constituição Federal, sendo que para muitos autores a integralidade se refere ao acesso ao mais complexo, inovador e custoso tratamento, a despeito das consequências advindas, como o exaurimento de recursos públicos por apenas poucos indivíduos, o que leva a situações de injustiça.

Diante desses diversos pontos de vista, como Rawls se posicionaria sobre a universalidade e a integralidade e os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível? Essa é uma questão que se pretende responder, mas antes abordar-se-á o mínimo existencial e a reserva do possível em relação ao direito à saúde.

3.4 O mínimo existencial e a reserva do possível em relação ao direito à saúde

Os argumentos do “mínimo existencial” e da “reserva do possível” fazem parte da tentativa de construção do processo decisório. Eles se apresentam como critérios materiais para assegurar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais, particularmente, em relação ao direito à saúde, apesar de não encontrarem equacionamento uniforme ou uniformemente aceito (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Na área da saúde, a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial são aspectos que devem ser considerados, pois não se pode deixar de examinar o binômio i) razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e ii) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações (LIMA, 2013).

Assim, há grandes divergências na interpretação do mínimo existencial em saúde e se este mínimo pode ser restringido pela reserva do possível, sendo que autores como Torres, Sarlet e Figueiredo, entre outros, defendem apenas a saúde coletiva e as emergências médicas como o mínimo existencial. Outros, como Barcellos, defendem que o mínimo existencial se refere, além da saúde coletiva, ao nível básico de atendimento à saúde, que é capaz de resolver 80% das doenças existentes (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006).

No entanto, para outros autores o mínimo existencial possui grande amplitude, como é o caso de Castro (2012), que o vincula à integralidade como uma atenção totalizadora. O principal argumento de sua tese é de que tanto a universalidade quanto a integralidade são compatíveis com o mínimo existencial, e, assim, não seria possível limitar o direito à saúde com base em dados abstratos como a teoria da reserva do possível, embora ressalve que isso não significa que se deva “dar tudo a todos” e “nem tudo que se pede” de forma indiscriminada e sem uma análise da real necessidade do caso concreto, que deve ser comprovada, por exemplo, com exames e perícias.

Nesse sentido, a própria limitação da capacidade de decisão judicial em relação à determinada prestação de saúde requerida, também é considerada como reserva do possível, sendo que, muitas vezes, a garantia do mínimo existencial demandará um exame mais acurado, pois a extrapolação dos protocolos técnico-científicos do SUS pode ser temerária (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Entretanto, os casos mais comuns da reserva do possível são vinculados à escassez de recursos, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de alto custo, que conforme Lopes (2013) impede o fornecimento de medicamentos mais básicos ou implica em corte de despesas em outras áreas, colocando em risco a igualdade prevista pela Constituição Federal, pois há preferência de uns em detrimento de outros.

Como explica Gustavo Amaral (2001, p. 136) não são escassos apenas os recursos financeiros, pois “há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”.

Para Sarlet e Figueiredo (2007) não se mostra razoável compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais ou não indicados para aquele determinado tipo de patologia, compreendidos entre aqueles que não possuem aprovação por parte das autoridades sanitárias ou de determinada marca específica quando existe opção similar de menor custo.

Leal (2008) entende que o direito à saúde, como um direito fundamental constitucionalizado, configura-se como verdadeiro direito subjetivo, mas que não obriga a uma decisão absoluta, podendo ser ponderado, principalmente, em vista da disponibilidade de recursos financeiros e da existência de políticas públicas.

Para Amaral (2001) quanto maior a necessidade do bem para a manutenção de uma existência digna, maior o grau de essencialidade e mais excepcional deverá ser a razão para que esta necessidade não seja atendida.

E nesse sentido, quem melhor pode determinar a essencialidade da necessidade ou o mínimo existencial em saúde é o SUS, por meio de suas metodologias de incorporação de novas tecnologias, que utiliza critérios técnico-científicos.

O avanço para um sistema racional e eficiente de atenção à saúde vem sendo uma marca do período recente, ao garantir que a incorporação de tecnologias seja baseada em estudos que envolvem todas as fases do desenvolvimento de um produto, tanto na perspectiva assistencial baseada em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) quanto na perspectiva de sua utilização concreta no Sistema Único de Saúde do Brasil (SUS), analisada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC), que articula as diversas áreas do Ministério da Saúde, os Estados e Municípios, a Sociedade Científica e a Sociedade Civil, refletindo um avanço institucional marcante para que a tecnologia esteja a serviço do cidadão e da saúde pública (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Dessa forma, entende-se que o mínimo existencial corresponde à integralidade em relação ao direito à saúde e é representado pelas Políticas Públicas do SUS, tanto preventivas quanto curativas, nos três níveis de complexidade da atenção: básica, média e alta complexidade, assim como o fornecimento dos medicamentos e tratamentos necessários nestes três níveis, conforme as listas RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), de medicamentos excepcionais e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo que a reserva do possível não pode limitar o oferecimento desses serviços aos cidadãos, que devem contar com previsão orçamentária suficiente ao seu atendimento.

Nesse sentido, o Poder Judiciário não deve se arrogar na função de determinar a incorporação e a dispensação de determinado medicamento, por mais que haja uma indicação do médico assistente e por mais graduado que ele seja, pois ao Judiciário faltam critérios técnico-científicos capazes de determinar a correta necessidade de uma terapêutica.

Cabe, no entanto, ao Judiciário, determinar que o SUS inicie os trâmites de análise de incorporação de determinada droga ou outra terapêutica, sendo que, em caso de não recomendação de incorporação pela CONITEC, o Judiciário deve respeitar esta decisão técnica, não devendo forçar sua distribuição.

Entende-se que uma vez incorporada determinada terapêutica pela CONITEC, esta passa a fazer parte do mínimo existencial, ainda que possa haver problemas éticos, já que, em grande parte dos casos, quem provoca o órgão a incorporar determinado medicamento é a própria indústria farmacêutica que o produz, que de outra forma, teria dificuldades intransponíveis à sua comercialização, devido ao elevadíssimo custo de seus produtos, pois mesmo as pessoas pertencentes às classes mais privilegiadas da população, não conseguem custear com recursos próprios tais tratamentos, sendo que o Poder Público é, na maioria das vezes, com exceção de alguns planos de saúde, o maior comprador destas indústrias e talvez, sua maior fonte de receitas e principal fomentador dos avanços nesta área.

Em suma, concorda-se com Sarlet e Figueiredo (2007) sobre a limitação técnica da decisão judicial, que também deve ser entendida como reserva do possível e que limita a adjudicação do tratamento ainda não considerado como componente do mínimo existencial, que é tarefa do SUS e de seus órgãos técnicos.

A seguir, passa-se a expor brevemente sobre o funcionamento dos processos de incorporação de novas tecnologias médicas pelo SUS.

3.5 Critérios para incorporação de novas tecnologias médicas pelo SUS

Em 28 de abril de 2011, foi publicada a Lei nº 12.401 sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do SUS. Esta lei foi um marco para a saúde pública, pois passou a definir os critérios e prazos para a incorporação de tecnologias no sistema público de saúde. Passou a definir, ainda, que o Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), tem como atribuições a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (BRASIL et al, 2019).

Para maior agilidade, transparência e eficiência na análise dos processos de incorporação de tecnologias, a legislação fixou o prazo de 180 dias (prorrogáveis por mais 90 dias) para a tomada de decisão, bem como incluiu a análise baseada em evidências, levando em consideração aspectos como eficácia, acurácia, efetividade e segurança da tecnologia, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já existentes. A lei estabeleceu a exigência do registro prévio do produto na

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para que este possa ser avaliado para a incorporação no SUS (BRASIL et al, 2019).

Tal incorporação deve ser baseada em estudos que envolvem todas as fases do desenvolvimento do produto a ser incorporado, tanto na perspectiva assistencial, com base nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), quanto na perspectiva de sua utilização concreta no Sistema Único de Saúde do Brasil (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Para regulamentar a composição, as competências e o funcionamento da CONITEC foi publicado o Decreto nº 7.646 de 21 de dezembro de 2011. A estrutura de funcionamento da CONITEC é composta por dois fóruns: Plenário e Secretaria-Executiva. O Plenário é o fórum responsável pela emissão de recomendações para assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração das tecnologias, no âmbito do SUS, na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e na atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), instituída pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. É composto por treze membros, um representante de cada Secretaria do Ministério da Saúde – sendo o indicado pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) o presidente do Plenário – e um representante de cada uma das seguintes instituições: ANVISA, Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, Conselho Nacional de Saúde - CNS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS, Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde - CONASEMS e Conselho Federal de Medicina - CFM (BRASIL et al, 2019, p. 5).

A CONITEC articula as diversas áreas do Ministério da Saúde, os Estados e Municípios, a Sociedade Científica e a Sociedade Civil, sendo que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) refletem o esforço para dar subsídios concretos a partir de análises técnicas e científicas das terapêuticas mais adequadas para o tratamento das pessoas e para a eficácia e segurança dos produtos utilizados no País (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Sistemas de Saúde comprometidos com a cobertura universal, como o SUS, devem ter instâncias reguladoras capazes de analisar os benefícios, riscos e consequências éticas, econômicas, sociais e logísticas de suas escolhas tecnológicas. São situações clínicas prioritárias para a saúde pública, que, por sua prevalência, complexidade ou alto impacto financeiro, impõem ao Ministério da Saúde a necessidade de protocolar e estabelecer diretrizes técnico-científicas e gerenciais para o cuidado, que atendem a recomendações internacionais (The AGREE Collaboration. Appraisal of Guidelines for Research & Evaluation (AGREE) Instrument. www.agreecollaboration.org), desenvolvendo estratégias que solidificaram novos processos relacionados com a validade, a fidedignidade, a relevância e a potencial aceitabilidade das recomendações. O PCDT deve obter tanto consenso interno quanto externo (consulta pública nacional) (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

As diretrizes presentes nos protocolos podem ser elaboradas sob diversas óticas e para que seja evitado o predomínio do interesse financeiro sobre o interesse científico, foram criados grupos técnicos formados por médicos especializados nos diversos assuntos tratados, que fazem a revisão da literatura de casos que obtenham desfechos relevantes para os pacientes. O foco é adotar no SUS a melhor prática assistencial e os mais qualificados e seguros métodos diagnósticos e terapêuticos (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Quando publicados em consulta pública, os PCDT passam para uma segunda etapa. As sugestões de usuários, médicos, empresas farmacêuticas e entidades representativas de classes profissionais e de pacientes são encaminhadas para avaliação pelos grupos elaboradores. Sugestões validadas e referendadas por estudos científicos com adequação metodológica para avaliação de eficácia e segurança são incorporadas aos textos dos PCDT (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Todas as recomendações emitidas pelo Plenário são submetidas à consulta pública (CP) pelo prazo de 20 dias, exceto em casos de urgência da matéria, quando a CP terá prazo de 10 dias. As contribuições e sugestões da consulta pública são organizadas e inseridas ao relatório final da CONITEC, que, posteriormente, é encaminhado para o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos para a tomada de decisão. O Secretário da SCTIE pode, ainda, solicitar a realização de audiência pública antes da sua decisão (BRASIL et al, 2019).

Assim, recomendada pela CONITEC e aprovada pelo Secretário de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos, do Ministério da Saúde, a nova terapêutica fica inserida no novo texto do PCDT e incluída no RENAME ou na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e Órteses, Próteses e Materiais Especiais do SUS (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Portanto, entende-se que além de todos os procedimentos informados, a análise sobre a razoabilidade e adequação de uma determinada terapêutica é muito mais abalizada quando realizada no âmbito da CONITEC do que quando realizada por um juiz ou por um colegiado de magistrados, a despeito de todas as provas de necessidade e eficácia/eficiência do tratamento solicitado, devido, principalmente, à maior participação pública no processo e a abrangência da decisão, que vai muito além da adjudicação individual e torna-se acessível a todos os que necessitarem.

Pode-se alegar que as ações coletivas possuem o mesmo potencial de abranger a todos aqueles que se enquadrem na espécie. Entretanto, o déficit procedimental, principalmente em relação aos aspectos democráticos e técnico-científicos, retira do Poder Judiciário a legitimidade para a introdução de uma nova terapêutica no SUS.

4 O DIREITO À SAÚDE, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

O presente capítulo pretende verificar a presença dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível na teoria da justiça como equidade de John Rawls e como estes se apresentam. Pretende também apresentar o direito à saúde na teoria rawlsiana e como os princípios da igualdade e da diferença se aplicam às questões da abrangência do direito à saúde (universalidade e integralidade).

4.1 O mínimo existencial e a reserva do possível na teoria da justiça como equidade de Rawls

Pode-se afirmar que o mínimo existencial e a reserva do possível estão presentes na teoria da justiça como equidade de Rawls, sendo que o primeiro pode ser equiparado ao mínimo social e é composto por um núcleo essencial de bens primários que garantem a igual fruição das iguais liberdades. Em relação à reserva do possível, esta não é tão aparente na teoria de Rawls, mas pode ser depreendida como um princípio que visa a impedir o exagero na tributação.

Os dois princípios, nesse sentido, servem à manutenção da cooperação social, de forma que o mínimo existencial (social) garante a todos os indivíduos que compõem a sociedade (aos mais e aos menos favorecidos), um mínimo material disponibilizado pelo Estado, e a reserva do possível serve como um limite do gasto público à possibilidade orçamentária, econômica e financeira quando o oferecimento de bens primários sociais extrapola o mínimo existencial/social.

Rawls (2016) supõe que na posição original, encobertos pelo véu de ignorância e desconhecendo sua real posição na sociedade, as partes escolheriam a distribuição igual de bens primários mínimos, com vistas a garantir sua dignidade e o pleno gozo das iguais liberdades.

As partes, mesmo que se supusessem em uma posição mais favorecida, escolheriam este princípio da igual distribuição do mínimo social, porque, apesar da carência de informações, seriam suficientemente racionais para prever possíveis cenários futuros desfavoráveis, como, por exemplo, a perda da condição de sujeitos mais favorecidos ou de serem parte do grupo menos favorecido, e, de acordo com a regra maximin, escolher a melhor dentre as piores situações.

Nesse sentido, o mínimo social se apresentaria como uma garantia tanto para os menos favorecidos como para os mais favorecidos, pois asseguraria que a dignidade da pessoa humana seria mantida em um patamar do qual não se pode decair, funcionando como um anteparo que as livraria da miséria e da indignidade, o que demonstra que a sociedade inclui e respeita a todos como iguais participantes da cooperação social.

Por outro lado, o mínimo social também é importante para a cooperação dos mais favorecidos, pois apesar de ser uma limitação às suas expectativas de ganhos, estabelece um limite quanto aos recursos que devem ser disponibilizados à manutenção de programas estatais que garantam direitos sociais (financiados por meio de impostos e tributos), ou seja, sabem que o Estado não irá extrapolar na entrega de bens primários, limitando-se ao mínimo existencial, o que lhes garante previsibilidade e modicidade tributária.

Quanto à reserva do possível, ela pode ser depreendida, como afirmado anteriormente, como um limite ao gasto do Estado em relação àquilo que ultrapassar o mínimo social, que funciona de modo indireto como um princípio de não exaustão da tributação. Este princípio é um importante mecanismo para a manutenção da cooperação por parte dos mais favorecidos, já que impede que o Estado gaste em desacordo com o orçamento, e que, também se limite à sua disponibilidade em caixa, evitando, por outro lado, o endividamento público, que acaba por desincentivar investimentos dos mais favorecidos, em decorrência da diminuição de suas expectativas de lucro. Soma-se a isso o fato de que a reserva do possível é também uma proteção aos recursos a serem utilizados para a garantia do mínimo social, que em conjunto com o princípio da diferença, tenta garantir as expectativas dos menos favorecidos.

Pode-se supor que a reserva do possível seria escolhida na posição original devido à capacidade de as partes conseguirem formular cenários futuros, nos quais, hipoteticamente, se situariam. Assim, se as partes do acordo se colocassem como mais favorecidas, certamente escolheriam, entre as piores opções, não ser exageradamente oneradas por um Estado que gasta em desacordo com os limites da justiça e não colocar em risco o mínimo existencial.

Cumprido ressaltar que na teoria de Rawls o mínimo existencial é um patamar que não deve sofrer a atuação da reserva do possível, pois o Estado como intermediário da cooperação social, deve alocar recursos suficientes para que este seja integralmente atendido, ou seja, deve-se priorizá-lo em relação a outros gastos públicos, como, por exemplo, investimentos em infraestrutura.

Mas por que esta prioridade deve ser garantida? Esta é uma pergunta relacionada com o entendimento de qual é a função precípua do Estado e sua prioridade, dadas pela Constituição.

Barcellos (2013) informa que como a escassez de recursos é uma constante em relação ao orçamento público, é necessário que haja priorização de gastos, e que esses devem ser efetuados de acordo com os objetivos específicos do Estado, definidos, sobretudo, por meio da Constituição, e em menor grau, por meio da deliberação política.

Sob o ponto de vista estritamente econômico, os recursos deveriam ser alocados àqueles que pudessem aplicá-los de modo a maximizar as riquezas (ponto de vista de Posner), o que, provavelmente, não ocorreria se tais recursos fossem alocados, por exemplo, em políticas públicas de saúde. Por outro lado, nada garante que os investimentos em políticas públicas de saúde gerarão maior felicidade geral ou média, de acordo com a concepção utilitarista, posto que é muito difícil comparar a felicidade gerada pela maximização de riquezas e aquela gerada por uma melhor saúde pública.

No entanto, para Rawls a cooperação social advinda da garantia do mínimo social é mais importante do que investimentos em infraestrutura ou incentivos econômicos a determinados setores, pois o Estado é, essencialmente, o intermediário e administrador da cooperação social, condição fundamental para que haja uma sociedade bem ordenada.

Dessa forma, não garantir o mínimo existencial é uma forma de tolher a fruição dos iguais direitos fundamentais de liberdade, o que não é admitido pelo princípio da igualdade, ensejando o enfraquecimento da cooperação social.

E como os recursos são escassos, garantir maiores expectativas de lucro aos mais favorecidos é uma limitação à distribuição de bens sociais que garantiriam o mínimo existencial, que deve ser distribuído de acordo com o princípio da igualdade, ainda que houvesse melhoria na expectativa dos menos favorecidos, pois o princípio da diferença somente começa a operar após a garantia do mínimo social.

Entende-se que, somente depois de garantido o mínimo existencial/social, o Estado possa gastar recursos que elevem as expectativas dos mais favorecidos, porém estes gastos estão condicionados a efetivamente elevarem as expectativas dos menos favorecidos, de acordo com o princípio da diferença.

Em suma, a garantia de maiores expectativas dos mais favorecidos não pode limitar a distribuição de bens sociais abaixo do mínimo existencial/social.

4.2 Enquadramento do direito à saúde na teoria de Rawls e a aplicação dos seus princípios de justiça

O direito à saúde, de acordo com sua classificação na Constituição Federal de 1988, é um direito social fundamental de prestação universal e integral pelo Estado, sendo que as concepções de justiça de uma sociedade estão, conforme afirma Rawls (2016), impressas na Constituição e dão origem à concepção de justiça social.

Rawls, em sua teoria da justiça como equidade, divide os direitos em i) direitos e liberdades fundamentais, que devem ser regidos pelo princípio da igualdade; e ii) direitos sociais e econômicos, que devem ser regidos pelo princípio da diferença (RAWLS, 2016).

Dessa forma, o direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988, deve ser distribuído de modo igual (universalidade), isto é, sem levar em conta a necessidade econômica de cada indivíduo ou sua posição social, o que, se compatibiliza com a distribuição prevista por Rawls em relação aos direitos e liberdades fundamentais (princípio da igualdade).

Os direitos de liberdade, para Rawls, não podem ser ponderados com a distribuição de renda e riquezas, pois não se pode diminuir a liberdade nem por uma distribuição mais justa. Assim, se o direito social fundamental, que ora se equipara aos direitos de liberdade, pudesse ser limitado pelo princípio da diferença não haveria garantias para a máxima fruição das iguais liberdades. Os direitos fundamentais já estão limitados ao mínimo existencial que é a condição mínima para que os direitos de liberdade sejam fruídos de forma igual pelos cidadãos.

Nesse sentido, Weber (2013) entende que o direito à saúde é um direito social fundamental e, nesse caso, elemento constitutivo do mínimo existencial/social e, portanto, elemento constitucional essencial. Assim, uma pessoa para ser membro plenamente cooperativo da sociedade deve ter satisfeitas as mínimas condições de saúde.

Em resumo, ao nível do mínimo existencial, o direito à saúde não está sujeito ao princípio da diferença, sendo seu acesso universal, ou seja, independentemente da condição social dos indivíduos, é distribuído de forma igualitária.

O direito à saúde, considerado como um bem primário a partir da teoria de Rawls é de responsabilidade do Estado e deve ser garantido a cada indivíduo por meio de políticas públicas voltadas à coletividade.

Entretanto, Rawls informa que a lista de bens primários é especificada em termos de expectativas. Assim, a informação sobre as necessidades médicas do grupo menos favorecido, bem como o seu custo em vários níveis de tratamento e assistência, deve cobrir essas necessidades até o ponto em que providências adicionais (acima do mínimo social) rebaixariam as expectativas dos menos favorecidos (RAWLS, 2003, p. 246).

Nesse sentido, depreende-se que Rawls considera que ultrapassado o mínimo social em relação ao direito à assistência médica este começará a ser regido pelo princípio da diferença, enquadrando-se como um direito social e econômico, que pode ser distribuído desigualmente e, até mesmo, em benefício dos mais favorecidos, desde que, obrigatoriamente, haja aumento das expectativas dos componentes menos favorecidos da sociedade.

Vale lembrar que, neste trabalho, entende-se o mínimo existencial/social em saúde, como a política estabelecida pelo SUS nos três níveis de complexidade e os tratamentos e medicamentos presentes em seus protocolos e listas padronizadas, incorporados segundo critérios científicos e democráticos.

Pode-se, no entanto, defender que a igualdade na distribuição do direito à assistência médica ao patamar do mínimo social seria uma forma injusta de distribuir os recursos, já que acabaria por oferecer um total maior de benefícios aos mais favorecidos.

Porém, se se pensar que o mínimo social deve atender a todos de maneira igual, como uma cláusula de segurança social estabelecida no contrato social, torna-se claro que o princípio da diferença somente deve ser aplicado depois de ultrapassado o mínimo social.

Assim, apenas como um exercício especulativo pode-se verificar a justiça de uma distribuição igual do mínimo social de acordo com o princípio da diferença.

Nesse caso, apenas se os maiores benefícios aos mais favorecidos, gerados pela igual distribuição do mínimo social, gerassem elevação das expectativas dos menos favorecidos é que se poderia falar em justiça. Mas, como poderia haver justiça nessa situação, ou seja, como a distribuição maior aos mais favorecidos, decorrente da igualdade distributiva dos serviços públicos de saúde, poderia elevar as expectativas dos menos favorecidos?

Poder-se-ia pensar que o custeio do tratamento de saúde aos mais favorecidos deixaria à sua disposição mais recursos para investirem em suas atividades econômicas ou mesmo para consumirem mais produtos e serviços, o que aqueceria a economia e elevaria a expectativa dos menos favorecidos, que poderiam, por exemplo, receber maiores salários ou ter maiores oportunidades de emprego, sendo que a justiça da universalidade do tratamento

público de saúde, analisada sob o princípio da diferença, seria justificada por esta maior expectativa dos mais pobres.

Entretanto, nada garante que o valor economizado pelo não pagamento do tratamento de saúde, seria revertido em maiores investimentos e, conseqüentemente, em melhora das expectativas dos menos favorecidos.

Outra possível causa de melhora na expectativa dos menos favorecidos, advinda da igualdade na distribuição da assistência à saúde, poderia ser a de haver melhorias na qualidade dos serviços de saúde prestados pelo Estado, devido ao maior poder de pressão exercido pelo grupo dos mais favorecidos.

Entretanto, os mais favorecidos raramente utilizam-se dos serviços públicos de saúde, ainda mais depois que os planos de saúde privados se popularizaram no país, sendo que a justificativa de elevação das expectativas dos menos favorecidos pode ser considerada fraca.

Nesse sentido, Carvalho e Santos (2006) afirmam que por considerar o direito à saúde como direito dos pobres “a classe média foi levada a desejá-lo na forma de ‘mercadoria’, pretendendo sempre ter ou melhorar seu plano de saúde”. Essa é também uma das razões pelas quais a classe média, em geral, não vai aos conselhos de saúde, defender o seu direito, uma vez que ela não vê na saúde pública um direito seu que deve ser efetivado com qualidade e em quantidade suficiente.

Assim, defende-se que a melhor forma de analisar a distribuição do mínimo social, especificamente do direito à saúde, é através da premissa de que o princípio da diferença somente pode reger a distribuição depois de garantido a todos certo nível de bens primários essenciais, sendo que o mínimo social distribuído igualmente não seria injusto.

Como há uma equiparação entre os direitos de liberdade e o mínimo social, que garante sua fruição pelos menos favorecidos, não garanti-lo aos mais favorecidos seria injusto, pois assim como as liberdades não devem ser distribuídas de maneira desigual, nem com vistas a uma melhoria na distribuição da riqueza, o mínimo social não deve ser distribuído de maneira desigual, nem que seja para melhorar a distribuição de riquezas.

Nesse sentido, como visto anteriormente, Rawls (2016) defende que o primeiro princípio (princípio da igualdade) tem prioridade absoluta sobre os demais (ordem lexical), pois não pode ser desobedecido nem se objetivar menores desigualdades econômicas e

sociais. Este princípio pode ser ponderado apenas se as liberdades básicas estiverem em conflito umas com as outras. Assim, conclui-se que liberdades não são ponderáveis em relação a distribuições socioeconômicas e nem ao acesso às funções e posições (RAWLS, 2016).

Talvez a melhor maneira de distribuir os recursos que compõem o mínimo social fosse por outro critério de equidade, como somente disponibilizar tratamento de saúde gratuito àqueles que comprovadamente não pudessem pagar.

No entanto, uma dificuldade surge, qual seja, a de se fazer a triagem prévia daqueles que se enquadrariam nos critérios socioeconômicos. Para outros bens primários, a triagem é uma possibilidade, mas devido à urgência das questões relativas à saúde, apesar da previsão de universalidade em casos de emergência, sugerida por Torres, a triagem prévia poderia tornar o sistema mais injusto, principalmente, por demandar recursos que poderiam ser utilizados para o efetivo tratamento e não para atividades administrativas.

Assim, a equidade rawlsiana possui a vantagem de propiciar um mínimo social a todos, o que garante a dignidade da pessoa humana, sendo que somente após este ponto devem ser aplicados os critérios de equidade (princípio da diferença).

4.3 Questões acerca da justiça da abrangência da prestação de saúde

Para a análise da abrangência da prestação de saúde que compõe o mínimo existencial, utilizar-se-á como premissa os seguintes conceitos: i) mais favorecidos: entendidos como aqueles que já tiveram acesso a todos os tipos de terapêuticas do SUS ou puderam pagar por diversos tratamentos, porém não obtendo resultados satisfatórios ajuízam ações para que o Estado custeie tratamentos de alto custo; e ii) menos favorecidos: entendidos como aqueles que não podem custear, por mais básicos que sejam, quaisquer tratamentos médicos, não obtendo tratamento por outra via que não seja pelo SUS.

Pela literalidade da Constituição, o direito à saúde deve prever todo e qualquer tratamento de saúde necessário ao restabelecimento da saúde de todo cidadão. Assim, nem as doenças não passíveis de tratamento por ausência de tecnologia médica justificariam uma hipotética inação do Estado, pois este é obrigado a suprir todos os meios paliativos.

Conforme visto anteriormente, a universalidade e a integralidade do atendimento de saúde previsto na Constituição de 1988 têm levado a grande divergência interpretativa, sendo

que em relação à integralidade do atendimento, essa divergência é ainda mais profunda, já que a universalidade é entendida como o acesso de todos, independentemente do padrão socioeconômico, o que se harmoniza com a ideia da igual distribuição do mínimo social.

Assim, a integralidade do atendimento possui uma diversidade de interpretações que acaba por deixar o aplicador do direito sem rumos. Nesse sentido, a teoria da justiça como equidade de John Rawls pode servir para que este princípio seja interpretado de maneira a atender aos critérios de justiça, conforme os princípios escolhidos na posição original.

Pode-se pensar que na posição original as partes do acordo, como desconhecedoras de sua capacidade de custear com recursos próprios os tratamentos de saúde que pudessem vir a precisar, racionalmente optariam por um sistema universal de saúde que também as incluísse, independentemente, da condição financeira que viessem a ter. Nessas condições as partes escolheriam ter acesso a todo e qualquer conjunto de tratamentos disponíveis, pois poderiam pensar que se necessitassem, deveriam ser atendidas integralmente.

Entretanto, Rawls (2016) afirma que na posição original as partes partilham condições pouco exigentes: pode-se pensar que partilham, por exemplo, da condição de demandantes de tratamentos de saúde fornecidos pelo Estado e exigem um nível de tratamento abrangente, mas que se utilize de tecnologia acessível e de eficiência e eficácia comprovadas. Pode-se pensar, até mesmo, que escolheriam tratamento para todas as condições de doenças, mas cuja técnica/tecnologia utilizada possuísse uma relação custo-benefício aceitável, tendo em vista a proteção do próprio mínimo social e do não exagero da tributação, que servem à proteção da cooperação social.

Essa característica das partes na posição original faria com que os tratamentos cuja eficiência e eficácia não fossem comprovadas ou com problemas de custo-efetividade fossem rejeitados, o que é compatível com os critérios estabelecidos pelo SUS para a incorporação de novas tecnologias médicas.

Há estudiosos da teoria da justiça como equidade, no entanto, como Brito Filho e Ferreira (2016, p. 288), que entendem o mínimo em relação à saúde somente como a saúde plena, pois menos do que isso, seria uma vida precária, sendo o Estado obrigado a proporcionar a cada indivíduo o que for necessário para que esse direito seja satisfeito, pois “só há respeito ao direito fundamental à saúde se os serviços forem prestados de forma plena, e isso só acontece se a pessoa tiver preservado o seu direito à vida, e uma vida com saúde”.

Porém, entende-se que a saúde plena é uma utopia, pois há doenças incuráveis, as quais somente são tratadas de forma paliativa. Nesse caso, o Estado não pode suprir saúde plena ao indivíduo, mas pode oferecer melhorias na qualidade de vida e uma expectativa de cura. Brito e Ferreira (2016) entendem que somente a plenitude da saúde é admitida como o mínimo em saúde, mas nesse caso o Estado dificilmente cumprirá com sua obrigação, mesmo porque, muitas vezes ela não é logicamente factível.

Brito e Ferreira (2016) também entendem que todas as demandas individuais devem ser atendidas, mesmo em vista da limitação orçamentária, devendo o Estado realocar recursos de outras áreas para a saúde.

No entanto, Rawls (2003, p. 246) defende que aquilo que deve ser gasto em determinada demanda pública deve ser limitado pelas demais demandas, o que também pode ser entendido como a presença da reserva do possível em sua teoria. Por exemplo, o orçamento da saúde deve ser limitado pelo que for suficiente para atender às demandas, sem prejudicar os investimentos em segurança pública, e vice-versa, pois “o que estabelece o limite superior da fração do produto social gasto com assistência médica e saúde pública são as outras despesas essenciais que a sociedade tem de fazer, e se elas são pagas por fundos privados ou públicos”.

O Direito à saúde como mínimo existencial/social é entendido como um direito fundamental que garante os direitos de liberdade, sendo sua distribuição regida pelo princípio da igualdade. O mínimo social/existencial não pode ser restringido pela reserva do possível, pois se caracteriza como um mínimo estabelecido constitucionalmente, e, por isso, faz parte dos objetivos precípuos do Estado, que deve direcionar recursos suficientes para garanti-lo, em vista da manutenção da cooperação social, o que é definido no âmbito político, por meio de políticas públicas.

Assim, no Brasil, entende-se o mínimo existencial em saúde e, por sua vez, a integralidade, como o conjunto de diretrizes terapêuticas e listagens de medicamentos realizadas pelo SUS, de acordo com critérios técnico-científicos de incorporação, já explicados anteriormente, e regulados conforme a legislação vigente sobre o assunto.

Pressupõe-se que como a própria política do SUS vai além da assistência básica e compreende os graus de média e alta complexidade, bem como o oferecimento de medicamentos de alto custo, incorporados de acordo com critérios técnico-científicos, pode-se admiti-los como o mínimo existencial/social em saúde no Brasil, sendo que aquilo que

ultrapassar os protocolos e listas de medicamentos deve ser tratado de acordo com o princípio da diferença, e somente ser adjudicado se trouxer melhorias nas expectativas dos menos favorecidos.

Diferentemente do entendimento de Torres (2003), entende-se que o mínimo em saúde não deve se resumir apenas à prevenção de doenças, como a vacinação gratuita e às emergências, mas deve abranger tratamentos que forneçam expectativas de cura e que melhorem a qualidade de vida dos doentes.

Consequentemente, os serviços de saúde que ultrapassam o mínimo existencial não são um direito social fundamental e, por isso, estão sujeitos ao princípio da diferença e da reserva do possível. Em vista disso, se aceita a distribuição desigual, ou seja, que o Estado dispense tais tratamentos privilegiando os mais favorecidos, mas apenas se os menos favorecidos obtiverem, pelo menos, uma elevação em suas expectativas, e que os limites orçamentários e financeiros sejam respeitados.

Por exemplo: uma pessoa componente do grupo mais favorecido da sociedade e que não obteve sucesso com os tratamentos convencionais, mesmo aqueles de alto custo presentes nas listas SUS e distribuídos gratuitamente, vai ao judiciário requerer uma nova droga, de altíssimo custo. Nesse caso, o juiz somente deve adjudicar tal medicamento se for verificado o princípio da diferença, isto é, se houver expectativa de benefícios aos menos favorecidos, o que deve ser demonstrado pelo juiz, pois uma parte do orçamento dos SUS será realocada para o cumprimento da determinação judicial, vulnerando aqueles serviços que atendem ao mínimo existencial/social.

No entanto, como os recursos orçamentários do SUS estão previstos para a manutenção do mínimo existencial, a realocação desses para atendimento de pedidos que o extrapolem contribui para diminuir as expectativas dos menos favorecidos ao invés de elevá-las, pois passam a ser privados de atendimentos que se referem ao mínimo existencial.

Em vista da inevitável piora das condições dos menos favorecidos, que são aqueles que dependem exclusivamente do SUS para obterem tratamentos de saúde, por mais básicos que sejam, a adjudicação de tratamentos que não estejam previstos nas políticas do SUS é injusta do ponto de vista da teoria da equidade de John Rawls.

Supondo a seguinte situação: A e B são pobres e possuem a mesma doença. Mas, B tem uma forma mais agressiva de doença. Os tratamentos oferecidos pelo SUS, em todos os níveis de complexidade, conseguem o controle da doença de A, mas não de B. B é orientado

por seu médico a procurar o Judiciário para ter acesso a um medicamento X de alto custo que pode controlar sua doença ou, ao menos, oferecer-lhe uma melhor qualidade de vida. Quem é o menos favorecido nessa questão? Pode-se afirmar que, entre A e B o menos favorecido é aquele que possui a doença em sua forma mais grave, ou seja, B. Entretanto, se se considerar o universo de pessoas que dependem do SUS para obter tratamentos de saúde, pode-se verificar que aqueles que possuem demandas cobertas pelos três níveis de atendimento pelo SUS acabam sendo desfavorecidas pela compra de remédios de alto custo que não passaram por análises técnicas de incorporação e cujo orçamento da saúde não os prevê. Dessa forma o orçamento existente deverá ser realocado para uma terapêutica que não passou pelo crivo técnico-científico e causará uma diminuição no atendimento das pessoas menos favorecidas.

Poder-se-ia questionar se é justa a não adjudicação do tratamento de alto custo a B e que ele seria vítima do utilitarismo. Sem dúvida, essa lógica possui forte nuance utilitarista, mas tem a seu favor a capacidade de levar em conta a necessidade dos menos favorecidos, que no caso são aqueles que necessitam do SUS como única forma de acesso a tratamentos de saúde, por mais básicos que sejam.

A aplicação da teoria da justiça como equidade de Rawls, que se pretende antiutilitarista é desnudada em seu utilitarismo, sendo que, o que talvez a salve da monstruosidade utilitarista, é tentar ser equânime e pelo menos desejar aumentar as expectativas dos menos favorecidos, e, principalmente, tentar privilegiar um patamar social mínimo, a partir do qual as diferenças poderiam passar a ocorrer.

Entretanto, novamente, apenas como exercício argumentativo, a distribuição de remédios de alto custo e que não constam das listagens oficiais do SUS aos mais favorecidos, poderia trazer elevação das expectativas dos menos favorecidos?

Se se pensar apenas em pura e simples elevação das expectativas dos menos favorecidos ou em expectativas desproporcionais, ou seja, que elas não se realizassem ou que fossem desproporcionais, pode-se pensar que, por exemplo, poderia haver o barateamento dos medicamentos, pois se o Poder Público, único a conseguir custear tratamentos de alto custo, salvo raríssimas exceções, conseguisse ao longo do tempo fazer com que os retornos da indústria farmacêutica se realizassem, tais medicamentos, dentre outros, poderiam ser barateados, e abrangeriam mais pessoas. Por outro lado, a indústria poderia ter estímulo de continuar a pesquisar novas drogas, o que faria, possivelmente, com que ela pagasse mais impostos e expandisse suas operações, gerando empregos. Dessa forma a elevação das

expectativas dos menos favorecidos estaria atendida e, conseqüentemente, a justiça da distribuição.

No entanto, em vista de uma mera expectativa de melhora dos menos favorecidos e a real diminuição de suas perspectivas com o comprometimento orçamentário que prejudicará seu acesso ao atendimento dentro das políticas públicas previstas, depreende-se que a adjudicação de medicamentos de alto custo não previstos nas políticas do SUS gera impacto negativo muito maior do que qualquer expectativa de melhoria dos menos favorecidos, principalmente, porque há uma piora real em suas condições em comparação com uma melhora apenas virtual.

Poder-se-ia pensar que, se não há tratamento previsto para determinada doença no SUS, mesmo com importante representação epidemiológica e baixo custo, o judiciário poderia adjudicar este tratamento, desconsiderando a necessidade de estudos a serem realizados pela área de incorporação de novas terapêuticas.

Contudo, o melhor a ser feito pelo Judiciário diante de uma terapêutica ainda não incorporada pelo SUS, cuja eficácia/eficiência e custo-efetividade seja desconhecida, é instar o SUS a iniciar a análise de incorporação em regime de urgência, em virtude, por exemplo, do número de processos sobre o mesmo objeto e, também, em vista da preponderância da enfermidade, mas respeitar sua decisão final, ou seja, se não houver recomendação de incorporação do medicamento, o judiciário há de respeitá-la, pois como se viu, para tal decisão foram utilizados critérios técnico-científicos e foi propiciada a participação dos interessados.

Em suma, o papel do Judiciário é apenas o de fazer cumprir a política pública e de determinar que os estudos de incorporação sejam iniciados, respeitando-se a decisão final da CONITEC, caso esta entenda por bem não recomendar a incorporação do medicamento, pois o Judiciário não é competente para análises que demandam critérios científicos específicos, mesmo em vista do possível auxílio técnico, já que esta é uma decisão que deve se concentrar no âmbito político e técnico-científico.

Assim, poder-se-ia alegar, que a aplicação da teoria da justiça como equidade de Rawls para a análise da decisão sobre adjudicação de medicamentos de alto custo é inócua, pois, ao cabo, esta é uma decisão que cabe ao Executivo e ao Legislativo.

No entanto, o objeto de estudo das decisões do STF não foi totalmente perdido, pois é importante, em vista da massiva adjudicação de medicamentos de alto custo não

incorporados pelo SUS, verificar a existência ou não de análises de princípios relativos à equidade e, sobretudo, se foram feitas análises do prejuízo dessas adjudicações aos menos favorecidos, principalmente, sob a perspectiva do mínimo existencial e da reserva do possível.

5 O QUADRO ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO STF: OS ARGUMENTOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

O presente capítulo objetiva tratar a judicialização do direito à saúde no STF e verificar como os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível, em vista da necessária equidade, estão sendo aplicados por este Tribunal. Para tanto, serão trazidas algumas decisões paradigmáticas do STF sobre o direito à saúde, com a demonstração do seu desenvolvimento interpretativo. Neste capítulo, também serão analisadas 13 decisões do STF, dos últimos cinco anos, sobre pedidos de medicamentos de alto custo.

5.1 A judicialização do direito à saúde no STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) começou a tratar da questão do direito à saúde na década de 1990, em recursos oriundos do Rio Grande do Sul, estado em que primeiro surgiram disputas judiciais envolvendo o direito à saúde. Àquela época, as ações versavam quase que exclusivamente sobre o fornecimento de medicamentos relacionados ao combate do vírus HIV. Frente ao número ainda relativamente baixo de demandas desse tipo, o STF não parecia ver a necessidade de uma fundamentação mais rigorosa de suas decisões (CUNHA FILHO, 2013)

Nesse sentido, Wang (2013) afirma que até 2007 raramente as decisões do STF relativas ao direito à saúde abordavam questões como reserva do possível, escassez de recursos e custos dos direitos, sendo que nas poucas vezes em que apareciam tinham tratamento superficial, dando a entender que o direito à saúde não tem em seus custos e na limitação de recursos um limite fático à plena concretização.

Somente após a ADPF 45/2004 iniciou-se uma tendência de mudança de postura no STF, sendo que seu relator, o Ministro Celso de Mello partiu de uma posição anterior em que considerava a questão financeira secundária em relação ao direito à vida (Pet 1246 de 1997) para uma posição de que não se poderia ignorar as limitações de recursos (WANG, 2013).

Por longo período, a tese da obrigatoriedade do fornecimento estatal de recursos destinados a garantir o direito à saúde foi absoluta, não se encontrando nenhuma decisão que denegasse o acesso a medicamentos antes de 2007 (CUNHA FILHO, 2013).

As decisões após 2007, em sua maioria, começam a superar o paradigma anterior da ponderação abstrata entre direito à saúde *versus* questões financeiras, trazendo à baila reflexões sobre as consequências econômicas das decisões (WANG, 2013).

A Suspensão de Segurança - SS 3073 e Suspensão de Tutela Antecipada - STA 91 julgadas pela Ministra Presidente Ellen Gracie, respectivamente em 09/02/2007 e 28/02/2007, foram as primeiras decisões que determinaram a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o tratamento pedido, com fundamento na limitação de recursos e na necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Considerou também que o direito à saúde não se aplica a situações individualizadas, mas deve ser concretizado por meio de políticas públicas de acesso igual e universal (WANG, 2013).

Wang (2013) informa, entretanto, que nos casos julgados posteriormente, a Ministra Ellen Gracie deferiu muitos pedidos sob o fundamento de que o quadro de gravidade dos requerentes exigia a continuidade do tratamento, quadro idêntico ao dos pacientes relacionados à STA 91 e à SS 3073, sendo difícil entender a coerência em relação aos critérios utilizados.

O diagnóstico de mudança no posicionamento do Tribunal, embasado, sobretudo, nas decisões da referida Ministra, não parece resistir a uma análise mais atenta. O entendimento mais adequado é que o STF continua fortemente favorável à intervenção judicial na política de distribuição de recursos da área da saúde, sendo que as decisões contrárias a este posicionamento, que começaram a surgir em 2007, são meras exceções ao posicionamento predominante (CUNHA FILHO, 2013).

Nesse sentido, o indeferimento da concessão de medicamentos está geralmente ligado a questões processuais ou probatórias, sendo que o entendimento de fundo do Supremo Tribunal Federal continua sendo predominantemente favorável à tese de que é lícito ao Judiciário intervir em matéria de políticas públicas. Entretanto, antes de 2007, muito raramente uma demanda por medicamentos ou tratamentos médicos não seria atendida, sendo que atualmente o indeferimento é uma possibilidade, ainda que excepcional (CUNHA FILHO, 2013).

Desde que se deparou com o tema, o STF tem se inclinado no sentido de que o Estado deve fornecer gratuitamente medicamentos ou tratamentos médicos aos cidadãos, e que questões orçamentárias, quando comparadas com o direito à vida e à saúde, são quase irrelevantes (CUNHA FILHO, 2013).

A seguir, passa-se a examinar as características das principais decisões que moldaram o entendimento da Corte sobre o direito à saúde.

5.1.1 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45MC/DF de 29 de abril de 2004, Relator Min. Celso de Mello

Anteriormente à ADPF 45/2004, o Ministro Relator Celso de Mello posicionava-se contrariamente à análise meramente financeira do direito fundamental à saúde, chegando a afirmar, na Pet 1246 MC/SC; J. 31/01/1997 que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput.), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

A ADPF 45/2004 foi um ponto de inflexão, ainda que suave, no entendimento sobre o direito à saúde, pois, diferentemente das decisões anteriores, tratou-se de uma ação de controle abstrato de constitucionalidade em que se passou a analisar a reserva do possível (WANG, 2013).

O STF considerou a ADPF 45/2004 prejudicada, pois seu objeto, o veto presidencial ao artigo 59 da Lei de Diretrizes Orçamentárias, foi revogado pelo próprio Presidente da República por meio do artigo 1º da Lei 10.777/2003.

Entretanto, o Ministro Celso de Mello considerou a ação adequada para viabilizar a concretização de políticas públicas previstas na constituição, já que o tema era afeto às verbas da saúde. Assim, o Ministro entendeu que era da jurisdição constitucional dar remédio à omissão dos demais poderes e que a interferência do Judiciário nas questões políticas deveria se dar excepcionalmente, se os órgãos estatais competentes viessem a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais e/ou coletivos (LOPES, 2013).

O Ministro Relator, principalmente, reconheceu que os direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se pela sua concretização gradual, além de depender de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, limitação de recursos que é uma contingência que não se pode ignorar (WANG, 2013).

Sobre a reserva do possível, o Ministro afirmou na ADPF 45/2004 que: “[...] comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não

se poderá razoavelmente exigir [...] a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Entretanto, a reserva do possível “[...] não poderá ser invocada, pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando [...] puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

O Ministro continua sua argumentação, afirmando que

[...] não se mostrará lícito ao Poder Público [...] mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

O Ministro Celso de Mello, ainda, argumentou que a reserva do possível impõe condicionamentos à concretização de direitos de segunda geração que podem ser traduzidos pelo binômio: “(1) razoabilidade da pretensão em face do Poder Público e (2) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas”, sendo que os dois componentes desse binômio devem ser concomitantes para que um direito possa ser exigido do Estado.

De acordo com o entendimento de Torres (2013), o Ministro confundiu direitos fundamentais com direitos sociais e econômicos, e reserva do possível com disponibilidade financeira do Estado, ampliando a competência da jurisdição constitucional para o controle de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais.

Apesar disso, a ADPF 45 trouxe algumas discussões importantes e mudanças em relação às decisões anteriores do STF, pois passa a considerar a questão da limitação de recursos e o entender que o direito à saúde não é absoluto (WANG, 2013)

5.1.2 Pedido de Suspensão de Segurança STA 50/PA de 07 de novembro de 2005, Min. Presidente Nelson Jobim

O reconhecimento do direito à saúde vinculado diretamente ao direito à vida, se apresenta no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 50/PA, em que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região obrigou a União a depositar a quantia de U\$ 218.833,00 (duzentos e dezoito mil, oitocentos e trinta e três dólares) na conta-corrente da Universidade

do Texas, para custear tratamento médico do autor, portador de doença rara (Linfoma de Hodgkin) (BRITO FILHO; FERREIRA, 2016).

Nas razões expostas na STA, a União alegou que a decisão do tribunal acarretaria lesão à ordem jurídica, administrativa e à economia popular. Porém, o presidente do STF à época, Ministro Nelson Jobim, entendeu, mesmo após os entendimentos da ADPF 45/2004, que o direito à saúde deve ser prestado integralmente, tanto de forma individual como coletiva, visto estar ligado ao direito à vida (BRITO FILHO; FERREIRA, 2016).

5.1.3 Suspensão da Tutela Antecipada - STA n. 91 de 28 de fevereiro de 2007, Min. Presidente Ellen Gracie

A suspensão de tutela antecipada n. 91 atendeu ao pedido do Estado de Alagoas contra a liminar do Tribunal de Justiça alagoano, que determinou ao Estado o imediato fornecimento do tratamento necessário para pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009).

O Estado de Alagoas alegou que a liminar geraria grave lesão à economia pública, pois que não poderia ser obrigado a fornecer outros medicamentos além daqueles relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009).

Quando do julgamento da suspensão de tutela antecipada n. 91, a presidente do Supremo Tribunal Federal, à época a Ministra Ellen Gracie, suspendeu a liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado, sob o fundamento de que pelo direito à saúde, previsto na Constituição, o Estado deveria apresentar políticas públicas que atendessem a todos, e não a apenas uma minoria (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009):

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. (STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.).

A partir daí, a ministra continuou lançando mão dos mesmos argumentos transcritos para indeferir o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos em diversos outros casos. No entanto, esta tentativa de inflexão parece não ter sido corroborada pelos demais ministros da Corte. Nesse sentido, uma análise cautelosa das decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal demonstra que, na realidade, os próprios julgamentos da Ministra

Ellen Gracie que negaram o fornecimento de medicamentos são apenas exceções, sendo que a Corte como um todo parece seguir na adoção de posicionamento favorável à concretização judicial do direito à saúde, uma vez que os julgamentos mais recentes têm reiterado o seu tradicional entendimento (CUNHA FILHO, 2013).

5.1.4 Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175 AgR/CE de 17 de março de 2010, Min. Relator Gilmar Mendes

Outra decisão de destaque foi proferida no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE, proferida pelo plenário do STF. A medida em questão foi ajuizada em face de decisão proferida pelo TRF da 5ª Região, que determinou fornecimento de medicamento de alto valor, R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais, denominado ZAVESCA (Miglustat), não registrado na ANVISA, em favor de paciente portadora de doença rara (Niemann-Pick, tipo C) (BRITO FILHO; FERREIRA, 2016).

Na oportunidade, o plenário do STF decidiu pela manutenção da decisão do Tribunal de origem, reconhecendo o direito subjetivo à saúde da autora da ação, considerando as suas condições pessoais, independentemente de políticas públicas de caráter geral (BRITO FILHO; FERREIRA, 2016).

O posicionamento do STF não foi substancialmente modificado em decorrência da audiência pública para tratar sobre o tema da saúde, ocorrida entre abril e maio de 2009. A primeira decisão tomada pela Corte logo depois, ou seja, a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, reforçou o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos relacionados à saúde pública (CUNHA FILHO, 2013).

Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, sugeriu uma série de parâmetros que poderiam determinar a concessão ou não de medicamentos e tratamentos médicos pela via judicial, mas deixou claro que a intervenção do Judiciário é possível e desejável nas hipóteses em que o medicamento conste nas listas do SUS, porém não se encontra disponível para a população (CUNHA FILHO, 2013).

5.1.5 Agravo Regimental na Suspensão Liminar nº 47 de 17 de março de 2010, Min. Relator Gilmar Mendes

A decisão do Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47, julgado em 17 de março de 2010, criou algumas diretrizes importantes para os futuros julgamentos relativos a pedidos de tratamento médico (MARTINS, 2015).

O Ministro relator Gilmar Mendes entendeu que o direito à saúde, previsto no artigo 196 da CF/1988, é um direito individual e coletivo, que apesar de necessitar de políticas públicas, pode ser adjudicado individualmente pelo Judiciário, que estaria, porém, adstrito ao não comprometimento do funcionamento do SUS, sendo que o artigo 196 não deve ser entendido como uma norma apenas de caráter programático, pois isto nega a força normativa da Constituição (MARTINS, 2015).

O Ministro ainda considerou que o deferimento de uma prestação de saúde não formulada pelo SUS, não significa criação de política pública pelo Judiciário, mas apenas seu devido cumprimento. Dessa forma a intervenção judicial não se dá em razão de omissão absoluta do Estado, que corresponde à minoria dos casos presentes no STF, mas diante da necessidade de intervenção para que haja o cumprimento de uma política pública já estabelecida, existindo, nesse caso, um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde (MARTINS, 2015).

Entendeu, também, o Ministro, que caso a prestação não esteja contemplada pela política do SUS, é necessário distinguir se tal ausência é decorrente de omissão legislativa ou administrativa, de decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua concessão (MARTINS, 2015).

Nesse sentido, um dos motivos para o não fornecimento de determinado medicamento é a inexistência de comprovação científica, porém, no caso de medicamento cuja eficácia foi cientificamente comprovada, mas não registrado pela ANVISA, a autorização de fornecimento deve ser evitada. Nos casos de tratamentos novos, já autorizados pela ANVISA, mas não incorporados aos protocolos do SUS, se comprovadamente houver omissão administrativa, tal omissão pode ser apreciada pelo Judiciário.

5.2 A utilização dos argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial pelo STF e sua aderência aos princípios da justiça como equidade de John Rawls

Para Cunha Filho (2013) o Supremo Tribunal Federal adere a uma ideologia distributivista, que exige que o Estado forneça condições de saúde mínimas, sendo que uma teoria que proponha o liberalismo igualitário pode se aproximar das decisões da Corte, como por exemplo, as teoria da justiça de John Rawls e de Ronald Dworkin.

Porém, Cunha Filho (2013) não vê aderência das decisões do STF em matéria de saúde com o princípio da diferença postulado por Rawls, pois a Corte não tem melhorado a situação dos menos favorecidos em suas decisões.

Para chegar a essa conclusão, Cunha Filho (2013) se baseou em trabalho de Luís Virgílio Afonso da Silva, do ano de 2011, denominado “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?” que, segundo ele, desmistificou a crença de que o Judiciário seja uma alternativa para os pobres, pois depois de entrevistar três mil e quinhentas pessoas que se beneficiaram de ações judiciais, cujo objeto foi a obtenção de tratamentos médicos e medicamentos, concluiu que estes são, majoritariamente, de classe média ou classe média alta, e que há um verdadeiro deslocamento de recursos de saúde pública para as pessoas que menos precisam, sacrificando a população mais carente.

Com efeito, o Judiciário brasileiro, ao alcançar ilimitadamente medicamentos ou tratamentos médicos aos que os pleiteiam judicialmente, não está favorecendo os que “nada têm”, como parecem pensar os ministros. Os que estão sendo favorecidos por este tipo de política são os que possuem capital socioeconômico ou cultural acima da média, uma vez que os que realmente são desprovidos de qualquer tipo de recursos sequer têm conhecimento de que podem pleitear melhores condições de vida frente ao Judiciário (CUNHA FILHO, 2013, p. 191).

Outra incompatibilidade verificada por Cunha Filho (2013) é que o STF parece entender que haja um contexto de recursos ilimitados, sendo possível adjudicar a todos os que pleiteiam, o mais extenso tratamento de saúde. Esse entendimento é oposto à teoria da justiça proposta por Rawls, pois pressupõe um ambiente no qual haja escassez moderada de recursos, único cenário possível para a existência das circunstâncias objetivas de justiça, ou seja, de conflitos de interesses resolúveis.

Cunha Filho (2013) entende que o Supremo Tribunal Federal não compactua com o liberalismo igualitário, mas, possivelmente, com alguma versão mais radical do igualitarismo, pois até mesmo autores igualitaristas se preocupam com a questão da eficiência e da limitação de recursos. Porém, apesar do STF se colocar como protetor da camada menos favorecida da

população, sua atitude, conforme visto no trabalho de Luis Virgílio Afonso da Silva, parece reforçar as desigualdades.

Através da análise dos principais argumentos emitidos pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos dez anos em matéria de direito à saúde, verificou-se que esta Corte não parece se compatibilizar coerente e profundamente com nenhuma das principais teorias de justiça existentes na atualidade. Antes, o STF parece incorrer em uma série de equívocos antecipados pelos teóricos do liberalismo igualitário, dentre os quais a despreocupação com os limites orçamentários do Estado. Frente a isso, adere-se a uma espécie de teoria da igualdade distorcida, na qual as pessoas que possuem recursos para ingressar com ações judiciais são mais beneficiadas do que aquelas que estão fora do alcance da atuação das instâncias judiciais (CUNHA FILHO, 2013, p. 194).

Cunha Filho (2013) defende a ideia de que a resolução sobre o direito à saúde deva se concentrar única e exclusivamente nos poderes representativos, pois possuem maior legitimidade democrática para decidir sobre a política distributiva.

Em sentido contrário, Martins (2015, p. 326) considera que “a melhor concepção capaz de garantir a justiça distributiva proposta por John Rawls consiste em conceber o direito à saúde como um direito fundamental individual, garantindo ao cidadão o direito de exigir tal direito judicialmente, visto que há princípios e valores que jamais podem ser sacrificados”, pois quantificar ou relativizar o direito à saúde significa ofender o direito à inviolabilidade da dignidade humana, e, se as políticas públicas não assegurarem os direitos dos cidadãos em sua totalidade, caberá ao Estado rever suas prioridades e direcionar seus gastos em prol da sociedade, pois a tese sobre escassez de recursos e reserva do possível precisam ser combatidas, porque partem do pressuposto de que há necessidade de equilibrar ganhos e perdas, razão pela qual não atendem ao critério da justiça distributiva proposto por Rawls, violando o princípio da diferença. (MARTINS, 2015).

Entretanto, o equívoco de Martins (2015) é não se atentar para o fato de que atender aos pedidos por tratamentos de saúde ainda não incorporados às listas de medicamentos e tratamentos, em vista da não existência de dotação orçamentária, que somente é realizada de acordo com a efetiva incorporação da tecnologia de maneira técnico-científica, em verdade retira recursos que garantem o acesso a medicamentos e tratamentos já incorporados aos menos favorecidos, que são pessoas que necessitam do SUS para obter o mais básico tratamento de saúde.

5.3 As decisões do STF sobre medicamentos de alto custo

Passa-se agora a fazer a análise das principais decisões do STF sobre a adjudicação de medicamentos de alto custo. Dada a limitação de tempo, farão parte da análise apenas as decisões consideradas mais importantes em relação a pedidos de medicamento de alto custo ocorridas nos últimos 5 (cinco) anos (24/05/2014 à 24/05/2019) e que possuam em sua discussão aos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível.

Para tanto foram feitas duas pesquisas no portal do Supremo Tribunal Federal, conforme endereço <http://portal.stf.jus.br/>.

Na primeira pesquisa, o campo “pesquisa livre” foi preenchido com o seguinte termo de pesquisa: *medicamento e alto custo*, no campo “data”, foram informadas as datas acima referidas, no campo “legislação” foi selecionada a *Constituição Federal de 1988* e informado o *artigo 196*, e, por fim, foram selecionados todos os tipos de decisão.

A pesquisa resultou em 4 (quatro) *acórdãos*, 103 (cento e três) *decisões monocráticas*, 15 *decisões da presidência* e 1 (uma) *Repercussão Geral*. Importante informar que devido à limitação temporal, optou-se por incluir na leitura seletiva as decisões que cumpriram os seguintes critérios: que possuíam no texto da decisão, uma das seguintes expressões, utilizando-se para isso a ferramenta de pesquisa do “Adobe Acrobat Reader DC”: “mínimo existencial” ou “reserva do possível” ou “orçamento” ou “equidade”, sendo que i) foram lidos 3 *acórdãos*; 21 *decisões monocráticas*; 9 *decisões da presidência*; e lida a única decisão que a pesquisa retornou, que estabelece a repercussão geral do tema “solidariedade dos entes federativos no custeio de tratamentos de saúde”, conforme RE 855178 RG / SE Relator(a): Min. Luiz Fux Julgamento: 05/03/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico, em que se estabeleceu a seguinte tese em 23 de maio de 2019:

[...] o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): "Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019.

Em uma segunda pesquisa no portal do STF foi preenchido no campo “pesquisa livre” o seguinte termo de pesquisa: *medicamento e alto custo e reserva do possível e mínimo existencial*, no campo “data”, foram informadas as datas acima referidas, no campo

“legislação” não foi selecionada nenhuma legislação e, por fim, foram selecionados todos os tipos de decisão.

A pesquisa resultou em 11 (onze) decisões monocráticas e em 3 (três) decisões da presidência. Nas decisões trazidas, houve repetição de 5 (cinco) decisões monocráticas e de 1 (uma) decisão da presidência trazidas na primeira pesquisa.

Foi realizada a leitura seletiva de 6 (seis) decisões monocráticas e de 2 (duas) decisões da presidência, que na verdade se tratavam do mesmo STP 101 ES (Suspensão de Tutela Provisória) e outra uma Suspensão da Tutela Provisória em Medida Cautelar: STP 101 ES MC.

A leitura seletiva buscou as decisões de maior impacto dentre aquelas que discutiram a reserva do possível, o mínimo existencial, equidade ou o orçamento, e que versassem sobre pedidos de medicamentos de alto custo.

Foram descartadas na leitura seletiva as decisões de cunho estritamente processual, ou seja, nas quais não foram discutidos quaisquer pontos em relação ao mérito, bem como as decisões cujo objeto não foi medicamento de alto custo e aquelas em que não houve discussão em relação ao alto custo, ao mínimo existencial e à reserva do possível, não importando se em sua vertente orçamentário-financeira ou relativa à separação de poderes.

Após a leitura seletiva sobraram 10 decisões para análise aprofundada conforme a teoria da justiça como equidade de John Rawls.

Pela relevância das decisões, foram incluídos: STP 24 MC / MG - Minas Gerais Medida Cautelar Na Suspensão De Tutela Provisória Relator(a): Min. Presidente Julgamento: 25/04/2018; STA 761 / DF - Distrito Federal Suspensão De Tutela Antecipada Relator(a): Min. Presidente Julgamento: 26/11/2014; e SS 4972 / SP - São Paulo Suspensão De Segurança Relator(a): Min. Presidente Julgamento: 10/12/2014, resultando em 13 (treze) decisões para análise aprofundada.

5.3.1 Resumo das decisões analisadas e dos impactos financeiros gerados pelos pedidos

As treze decisões analisadas em profundidade foram as seguintes, conforme ordem de data de julgamento:

1. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 818.572 / CE, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento: 02/09/2014

Trata-se de um Agravo Regimental no Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Ceará e pela União contra decisão que denegou seguimento ao recurso extraordinário. O julgamento se deu pela 1ª Turma, em 02 de setembro de 2014, por unanimidade e nos termos do voto do Relator Ministro Dias Toffoli, negaram provimento em relação ao Estado do Ceará e entenderam o agravo da União prejudicado.

Os recorrentes desejavam reverter decisão em grau de apelação, proferida pelo TRF da 5ª região que manteve sentença de primeiro grau que adjudicou medicamento de alto custo.

O peticionante é portador de Neoplasia de Pulmão e solicita o medicamento Tarceva 150 mg (cloridrato de erlotinibe), cujo preço ao consumidor presente na listagem atualizada de custo de medicamentos não foi encontrado e o preço para compras públicas sem incidência de ICMS é R\$ 5.923,33 ao mês. O custo anual é de R\$ 71.079,96 calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A Portaria nº 51, de 7 de novembro de 2013 tornou pública a decisão de incorporar o cloridrato de erlotinibe para o tratamento do câncer de pulmão de células não-pequenas avançado ou metastático mutação EGFR sem criação de novo procedimento, sem alteração de valor dos procedimentos disponíveis e sem modificação do modelo de financiamento da quimioterapia no Sistema Único de Saúde - SUS, conforme sítio da internet <http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2013/CP38a40-PT51.pdf>, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu pouco menos de um ano após sua incorporação pelo SUS, ou seja, o acórdão é de 02/09/2014 e a decisão de incorporação, de 07/11/2013, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento já incorporado.

2. STA 761 / DF - Suspensão de Tutela Antecipada, Relator(a): Min. Presidente Ricardo Lewandowski, Julgamento: 26/11/2014

Trata-se de pedido de Suspensão de Tutela Antecipada ajuizada pelo Município de São Paulo, objetivando suspender os efeitos da tutela antecipada deferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para fornecer o medicamento Soliris (Eculizumabe) a portador de

Hemoglobinúria paroxística noturna. Pedido de suspensão de antecipação de tutela indeferido pelo Presidente do STF, o Ministro Ricardo Lewandowski, em 26 de novembro de 2014.

O peticionante é portador de Hemoglobinúria paroxística noturna e solicita o medicamento Soliris (Eculizumabe) 10 mg/ml, cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$17.964,79 e o preço para compras públicas sem incidência de ICMS é R\$ 14.343,09. O custo anual de R\$ 172.117,08 foi calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A Portaria nº 77, de 14 de dezembro de 2018 tornou pública a decisão de incorporar o eculizumabe para tratamento de pacientes com hemoglobinúria paroxística noturna (HPN) no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, conforme sítio da internet http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2018/PortariasSCTIE_75a81_2018.pdf, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu aproximadamente 4 anos antes de sua incorporação pelo SUS, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

3. SS 4972 / SP - Suspensão de Segurança Relator(a): Min. Presidente Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10/12/2014

Trata-se de pedido de Suspensão de segurança ajuizada pelo Município de Santo André, objetivando suspender os efeitos da tutela antecipada deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para fornecer o medicamento Aubagio 14 mg (teriflunomida) a portadora de esclerose múltipla e diabetes. Pedido de suspensão de segurança de indeferido pelo Presidente do STF, o Ministro Ricardo Lewandowski, em 10 de dezembro de 2014.

O peticionante é portador de esclerose múltipla e solicita o medicamento Aubagio 14 mg (teriflunomida), cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 4.669,41 e o preço para compras públicas sem incidência de ICMS é de R\$ 3.728,06. O custo do tratamento mensal é de R\$ 3.728,06, enquanto o custo anual é de R\$ 44.736,72, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2

019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A Portaria nº 19, de 19 de abril de 2017 tornou pública a decisão de incorporar a teriflunomida para o tratamento da esclerose múltipla remitente recorrente, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, conforme sítio na internet http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2017/PortariaSCTIE-17a19_2017.pdf, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu pouco mais de 3 anos antes de sua incorporação pelo SUS, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

4. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 815 / SP, Relator: Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, Julgamento: 07/05/2015 Plenário

Trata-se de Agravo Regimental na Suspensão de Liminar interposto pelo Município de São Paulo e pelo Estado de São Paulo contra decisão que denegou Suspensão de Tutela Provisória - STP 815/SP. O julgamento se deu pelo Plenário do Supremo, em 7 de maio de 2015, por unanimidade e nos termos do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, negaram provimento.

O peticionante é portador de Hepatite C e solicita utilização combinada dos medicamentos: i) Sofosbuvir 400 mg, cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 51.699,88 e o preço para compras públicas sem incidência de ICMS é de R\$ 41.277,18; ii) Simeprevir 150 mg, cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 30.727,23 e preço para compras públicas sem incidência de ICMS é de R\$ 24.532,62; e iii) Ribavirina 250 mg, cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 81,35 e o preço para compras públicas sem incidência de ICMS de R\$ 64,95. O custo do tratamento mensal R\$ 69.252,91 e o custo total do tratamento (12 semanas) é de R\$ 207.758,73, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A Portaria nº 29, de 22 de junho de 2015 tornou pública a decisão de incorporar os medicamentos Sofosbuvir, Daclatasvir e Simeprevir para o tratamento da hepatite viral C crônica no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, conforme sítio na internet

http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2015/PortariaSCTIE_29_2015.pdf, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu pouco mais de 1 mês antes de sua incorporação pelo SUS, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

5. ARE 889216 / DF - Recurso Extraordinário com Agravo, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Julgamento: 25/05/2015

Trata-se de um Recurso Extraordinário com Agravo interposto pela União. Em decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli, em 25 de maio de 2015, deu provimento ao Agravo, mas negou seguimento quanto à questão da legitimidade passiva.

O recorrente desejava reverter a decisão proferida pelo TRF da 1ª região que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão de apelação que deferiu o fornecimento de medicamento de alto custo.

O peticionante é portador de Doença de Fabry e solicita o medicamento Replagal 1 mg/ml (alfagalsidase), cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 4.787,38 e o preço para compras públicas sem incidência de ICMS é de R\$ 3.822,24, sendo o custo do tratamento mensal de R\$ 3.822,24, e seu custo anual de R\$ 45.866,88, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A Portaria nº 76, de 14 de dezembro de 2018 tornou pública a decisão de **não incorporar** a alfaagalsidase e beta-agalsidase como terapia de reposição enzimática na doença de Fabry no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, conforme sítio na internet http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2018/PortariasSCTIE_75a81_2018.pdf, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu pouco mais de 3 anos antes de sua incorporação pelo SUS, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

6. ARE 881471 / AL - Recurso Extraordinário com Agravo, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Julgamento: 09/06/2015

Trata-se de um Recurso Extraordinário com Agravo interposto pelo Município de Maceió. Em decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, em 9 de junho de 2015, negou-se seguimento ao recurso extraordinário.

O recorrente desejava reverter a decisão proferida pela Turma Recursal da Seção Judiciária de Alagoas, que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão de apelação que deferiu o fornecimento de medicamento de alto custo.

A petionante é portadora de câncer de mama e solicita o medicamento Femara 2,5 mg (letrozol), cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS não estava disponível na listagem e preço para compras públicas sem incidência de ICMS é de R\$ 525,47. O custo do tratamento mensal de R\$ 525,47 e o custo anual de R\$ 6.305,64, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A Portaria nº 22, de 10 de junho de 2014 tornou pública a decisão de incorporar a hormonioterapia prévia (pré-operatório, neoadjuvante) do câncer de mama no Sistema Único de Saúde - SUS, que inclui o medicamento em questão, conforme sítio da internet <http://conitec.gov.br/images/Incorporados/Hormonioterapia-Cmama-FINAL.pdf>, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao petionante se deu em 09/06/2015 e a decisão de incorporação em 10/06/2014, um ano antes do julgamento, sendo que o STF adjudicou medicamento já incorporado.

7. SS 5192 MC / GO - Medida Cautelar na Suspensão de Segurança Relator(a): Min. Presidente Cármen Lúcia, Julgamento: 07/08/2017

Trata-se de Medida Cautelar na Suspensão de segurança ajuizada pelo Estado de Goiás, objetivando suspender os efeitos da medida liminar deferida pelo Relator do Mandado de Segurança no Tribunal de Justiça do Goiás, que determinou o fornecimento à menor AVB do medicamento Spinraza (nusinersena). Medida Cautelar indeferida pela Presidente do STF, a Ministra Cármen Lúcia, em 07 de agosto de 2017.

O petionante é portador de Atrofia Muscular Espinhal tipo I e solicita o medicamento Spinraza (nusinersena), cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de

R\$ 309.869,60 e preço para compras públicas sem incidência de ICMS de R\$ 247.399,94. O custo do tratamento mensal de R\$ 247.399,94 e o custo anual de R\$ 2.968.799,28, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A portaria nº 24, de 24 de abril de 2019 tornou pública a decisão de incorporar o nusinersena para atrofia muscular espinhal (AME) 5q tipo I, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, conforme sítio da internet <http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2019/PortariaSCTIE-24.pdf>, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu pouco mais de um ano antes de sua incorporação pelo SUS, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

8. ARE 1057975 / BA - Recurso Extraordinário com Agravo, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 05/10/2017

Trata-se de Recurso Extraordinário com Agravo, interposto pela União. Em decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski, em 05 de outubro de 2017, negou seguimento ao recurso extraordinário.

O recorrente desejava reverter a decisão proferida pelo TRF da 1ª região, que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão de apelação que deferiu o fornecimento de medicamento de alto custo.

O Peticionante é portador de Diabetes tipo 1 e solicita *insulina Novorapid 100U/ml (Asparte) - 2.000 U/ml ao mês*, cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 147,34 e preço para compras públicas sem incidência de ICMS é R\$ 117,64. O custo do tratamento mensal é de R\$ 2.352,80 e o custo anual de R\$ 28.233,60, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A Portaria nº 10, de 21 de fevereiro de 2017 tornou pública a decisão de incorporar insulina análoga de ação rápida para o tratamento da Diabetes Mellitus Tipo 1, no âmbito do

Sistema Único de Saúde - SUS, incluindo a insulina Asparte, conforme sítio da internet http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2017/PortariasSCTIE-09e10_2017.pdf, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu em 05/10/2017 e a decisão de incorporação em 21/02/2017, cerca de 8 meses antes do julgamento, sendo que o STF adjudicou medicamento já incorporado.

9. SL 1141 / MS - Suspensão de Liminar, Relator(a): Min. Presidente Cármen Lúcia, Julgamento: 16/01/2018

Trata-se de pedido de suspensão de liminar em segurança ajuizada por Mato Grosso do Sul, objetivando suspenderem-se os efeitos da tutela antecipada deferida pelo juízo da Primeira Vara da Comarca de Aparecida do Taboado/MS na Ação n. 0801678-42.2017.8.12.0024 e mantida pelo Relator do Agravo de Instrumento n. 2002007-44.2017.8.12.0900 no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que determinou a Mato Grosso do Sul e ao Município de Aparecida do Taboado fornecerem ao menor TVB o medicamento Spinraza (nusinersena). Suspensão de Liminar indeferida pela Presidente do STF, a Ministra Cármen Lúcia, em 16 de janeiro de 2018.

O peticionante é portador de Atrofia Muscular Espinhal tipo I e solicita o medicamento Spinraza (nusinersena), cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 309.869,60 e preço para compras públicas sem incidência de ICMS de R\$ 247.399,94. O custo do tratamento mensal de R\$ 247.399,94 e o custo anual de R\$ 2.968.799,28, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A portaria nº 24, de 24 de abril de 2019 tornou pública a decisão de incorporar o nusinersena para atrofia muscular espinhal (AME) 5q tipo I, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, conforme sítio da internet <http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2019/PortariaSCTIE-24.pdf>, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu pouco mais de um ano antes de sua incorporação pelo SUS, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

10. STP 24 MC / MG - Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória
Relator(a): Min. Presidente Cármen Lúcia, Julgamento: 25/04/2018

Trata-se de pedido de Suspensão de Tutela Provisória, com pedido de liminar, ajuizada pelo Município de Montes Claros/MG, objetivando suspender os efeitos da tutela provisória deferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para fornecer o medicamento Spinraza a menor portador de Atrofia Muscular Espinhal AME. Pedido de liminar para suspensão de tutela indeferido pela Presidente do STF, a Ministra Cármen Lúcia, em 25 de abril de 2018.

O peticionante é portador de Atrofia Muscular Espinhal tipo I e solicita o medicamento Spinraza (nusinersena), cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 309.869,60 e preço para compras públicas sem incidência de ICMS de R\$ 247.399,94. O custo do tratamento mensal de R\$ 247.399,94 e o custo anual de R\$ 2.968.799,28, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A portaria nº 24, de 24 de abril de 2019 tornou pública a decisão de incorporar o nusinersena para atrofia muscular espinhal (AME) 5q tipo I, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, conforme sítio da internet <http://conitec.gov.br/images/Relatorios/Portaria/2019/PortariaSCTIE-24.pdf>, acessado em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu pouco mais de um ano antes de sua incorporação pelo SUS, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

11. ARE 1121505 / RN - Recurso Extraordinário com Agravo, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 25/04/2018

Trata-se de um Recurso Extraordinário com Agravo interposto pela União. Em julgamento monocrático do Ministro Ricardo Lewandowski, em 25 de abril de 2018, negou-se seguimento ao recurso extraordinário.

O recorrente desejava reverter a decisão proferida pelo TRF da 5ª região, que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão de apelação que deferiu o fornecimento de medicamento de alto custo.

O peticionante é portador de Diabetes Mellitus tipo 1 e solicita Insulina (Glargina) Lantus. Como a dosagem e posologia não foram informadas na decisão e, nem tampouco, pesquisas no processo originário retornaram esta informação, informa-se somente o valor médio do medicamento em todas as suas apresentações, ou seja Lantus Solostar 100 U/ml - 3 ml, Lantus 100 U/ml - 3 ml, Lantus 100 U/ml - 10 ml e Lantus 100 U/ml - 3ml + cânula aplicadora. O preço médio ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 114,62 e preço médio para compras públicas sem incidência de ICMS é de R\$ 91,50. Não foi possível calcular o custo do tratamento mensal, bem como o anual (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A portaria nº 19, de 27 de março de 2019 tornou pública a decisão de incorporar insulina análoga de ação prolongada para o tratamento de diabetes mellitus tipo I, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2019/Relatorio_Insulinas_Analogas_DM1.pdf, acesso em 17/06/2019.

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu quase um ano antes de sua incorporação pelo SUS, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

12. ARE 1121083 / RJ - Recurso Extraordinário com Agravo, Relator(a): Min. Edson Fachin, Julgamento: 30/04/2018

Trata-se de Recurso Extraordinário com Agravo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra decisão que denegou seguimento ao recurso extraordinário. Em decisão monocrática do Ministro Edson Fachin, em 30 de abril de 2018, negou seguimento ao recurso extraordinário.

O recorrente desejava reverter a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão de apelação que deferiu o fornecimento de medicamento de alto custo.

O peticionante é portador de Lupus Eritematoso Sistêmico e solicita o medicamento Forteo (Teriparatida) 250 mcg/ml, dose: 20 mcg dia, ou 0,08 ml dia por 18 meses, cujo preço ao consumidor sem incidência de IMCS é de R\$ 2.150,41 e preço para compras públicas sem incidência de ICMS é de R\$ 1.716,89. O custo do tratamento mensal é de R\$ 1.716,89 e o

custo total do tratamento por 18 meses R\$ 30.904,02, calculado de acordo com o preço de venda ao governo (compras públicas) (fonte: ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2019-06-06.pdf/6ef66980-f221-42f7-9c75-bd009afa7bf4 - listagem atualizada em 06/06/2019, acesso em 17/06/2019).

A decisão do STF de manter a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu sem, sequer, haver submissão de proposta de incorporação do medicamento à CONITEC, sendo que a decisão judicial adjudicou medicamento não incorporado.

13. STP 101 / ES - Suspensão de Tutela Provisória Relator(a): Min. Presidente Dias Toffoli, Julgamento: 03/04/2019

Trata-se de pedido de Suspensão de Tutela Provisória, com pedido de liminar, ajuizada pela União, objetivando suspender os efeitos da tutela provisória mantida pela 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e concedida em sentença pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, nos autos da ação civil pública nº 0007010- 81.2013.4.02.5001, para fornecer análogos de insulina de longa duração a pacientes diabéticos de difícil controle. **Pedido de Suspensão de Tutela deferido** pelo Presidente do STF, o Ministro Dias Toffoli, em 3 de abril de 2019.

Como essa decisão trata de uma ação civil pública, o cálculo do impacto será informado conforme relatório de incorporação de insulinas análogas:

Análise de impacto orçamentário: Foi considerada a dose diária definida estabelecida pela OMS para todas as tecnologias (40 UI). A difusão das tecnologias foi estimada por mês, por meio de função logarítmica, com difusão de 50% ao final do horizonte temporal de cinco anos. Os preços foram obtidos no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG). Foram feitos dois cenários populacionais, sendo um a partir de dados epidemiológicos e outro com dados de dispensação pelo SUS e pelo programa “Aqui Tem Farmácia Popular”. No primeiro cenário, o impacto orçamentário incremental em relação à insulina humana NPH varia entre R\$ 5,5 bi (glargina Basaglar®) e R\$ 18,8 bi (degludeca). No segundo, a variação é entre R\$ 1,1 bi (glargina Basaglar) e R\$ 3,7 bi (degludeca). Após sugestão do plenário da CONITEC, foi calculado cenário baseado em dados de um estado que atualmente forneça insulinas análogas de ação prolongada. Foram utilizados dados do estado do Paraná, extrapolados para os demais estados por meio da taxa de uso desses medicamentos na população e na difusão diferenciada das tecnologias em estados que atualmente fornecem ou não fornecem tais tecnologias. Neste cenário, o impacto orçamentário estimado para o horizonte temporal de cinco anos foi de, aproximadamente, R\$ 863 mi para glargina com aplicador e R\$ 2,0 bi para detemir com aplicador (MINISTÉRIO DA SAÚDE; COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS - CONITEC, 2018).

Em atenção à determinação judicial o Ministério da Saúde instaurou processo administrativo visando à elaboração de Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas - PCDT

que contemplasse a utilização das insulinas análogas de longa duração para fins de tratamento da Diabetes Mellitus tipo 1, em pacientes para os quais a doença é instável ou de difícil controle, entretanto, o procedimento resultou em novo Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Diabetes Mellitus tipo 1 (Portaria Conjunta nº 8, de 15/03/2018, do Ministério da Saúde), em que foi mantida a conclusão segundo a qual:

Este PCDT não recomenda o uso de insulinas análogas de longa duração ao invés da insulina NPH para pacientes com DM 1 com o objetivo de atingir melhor controle glicêmico ou prevenção de hipoglicemias, visto que não há evidência qualificada de segurança ou efetividade que justifique sua recomendação mesmo em subgrupos específicos de pacientes com DM 1, conforme recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (50). (BRASIL et al., 2018).

Entretanto, a incorporação de insulina análoga de ação prolongada para o tratamento de diabetes mellitus tipo I, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS se deu com a portaria nº 19, de 27 de março de 2019 http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2019/Relatorio_Insulinas_Analogas_DM1.pdf, acesso em 17/06/2019.

A decisão do STF de reformar a decisão *a quo* favorável ao peticionante se deu em 03/04/2019 e a decisão de incorporação em 27/03/2019, cerca de um mês antes do julgamento, sendo que o STF não adjudicou medicamento já incorporado.

Das 13 decisões analisadas, apenas a STP 101 / ES, derivada de ação coletiva, teve reforma quanto à adjudicação de medicamento, que por ironia, como visto, já havia sido incorporado às políticas do SUS um mês antes do seu julgamento.

Apenas uma das decisões analisadas teve como pedido medicamento que não foi incorporado até o momento presente. Trata-se do ARE 1121083 / RJ. Todas as demais decisões tiveram incorporação anterior ou posterior ao julgamento.

O STF adjudicou medicamentos incorporados previamente à data do julgamento em 3 casos (AgRg RE 818.572 / CE, ARE 881471 / AL e ARE 1057975 / BA), no entanto, a incorporação prévia não foi ao menos citada, sendo que se depreende que não houve consulta à CONITEC sobre a incorporação dos medicamentos pedidos.

Porém, a maioria das adjudicações de medicamentos se deu anteriormente à incorporação pela CONITEC, ou seja, em 9 das 13 decisões analisadas, ou em aproximadamente 70% dos casos.

5.3.4 Principais fundamentos das decisões analisadas

Segundo Lima (2016) a jurisprudência do STF em relação ao direito à saúde apresenta fundamentos que são “lugares-comuns”, como i) a não violação do princípio da separação dos poderes; ii) o direito à saúde como um direito público subjetivo e indisponível; iii) a norma programática não pode ser uma promessa constitucional inconsequente; iv) julgamentos à luz da adjudicação e não de um problema distributivo; v) a solidariedade dos entes públicos federativos; vi) a possibilidade de prestação de tratamentos não registrados na ANVISA (questão que teve o mérito da repercussão geral julgado em 22/05/2019, no RE 657.718, Relator Min. Marco Aurélio, a qual apresentou uma virada no entendimento, conforme se verá a seguir); e vii) desqualificação da reserva do possível como desculpa para não efetivação do direito à saúde, ou que o alto custo dos medicamentos não é capaz de gerar por si só lesão à ordem pública.

Outro fundamento que se repete no Supremo Tribunal Federal é a supremacia da tutela do cidadão hipossuficiente, entendido como aquele indivíduo desprovido de recursos financeiros para custear seu próprio tratamento. No AgR RE 818.572 CE, julgado em 02/09/2014, o acórdão da 1ª Turma, cuja relatoria foi do Ministro Dias Toffoli, entende, por unanimidade, que pessoas carentes são aquelas que conseguem comprovar a impossibilidade de custear com recursos próprios o tratamento necessitado:

Diga-se, ainda, que essa decisão regional encontra-se em sintonia com a pacífica jurisprudência desta Suprema Corte a respeito do tema, que entende que o preceito do artigo 196 da Constituição Federal, antes de ser vulnerado, é devidamente cumprido com a prolação de decisões, como essa ora atacada, que impõem ao Estado o dever de fornecer aos necessitados, medicamentos de que necessitam para sua sobrevivência.

Porém, em se tratando de medicamentos de alto custo, a comprovação de hipossuficiência é bastante fácil, até mesmo, para aqueles que possuem alta renda e maior capacidade para acionar o Poder Judiciário ao nível do Tribunal de cúpula.

A necessidade de comprovação de hipossuficiência se repete em outras decisões analisadas: ARE 881471 / AL - Relator(a): Min. Dias Toffoli Julgamento: 09/06/2015; e ARE 1057975 / Ba Relator(A): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 05/10/2017.

No entanto, esta não é uma interpretação constitucional consonante com o princípio da universalidade, que dispensa qualquer apuração da hipossuficiência do cidadão para a obtenção de tratamentos médicos custeados pelo Estado. Melhor seria, se os ministros do STF

conseguissem analisar a situação dos menos favorecidos de maneira não casuística, mas globalmente, ante a adjudicação de tratamentos de alto custo.

Um fundamento que aparece bastante nas decisões, em vista da alegação das Fazendas Públicas é a inexistência de risco de grave lesão à ordem econômica, à saúde pública e à segurança pública, diante dos custos envolvidos na adjudicação de medicamentos de alto custo. O STF tem, repetidas vezes, desconsiderado a existência de tal risco, o que ocorre de maneira unânime quando a adjudicação se dá apenas na esfera individual, solicitando comprovações, a despeito da demonstração evidente dos impactos nas alegações dos recorrentes, como o município de São Paulo, no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 815, que informa que o custo de importação do medicamento é da ordem de R\$ 240 mil para doze semanas de tratamento de um único paciente; que os cofres públicos sofrerão abalos e haverá desorganização dos serviços públicos:

[d]ecisão implicará prejuízos para a coletividade paulistana, já que tais recursos financeiros poderiam ser afetados para a adoção de outras medidas que beneficiassem a saúde de toda a população paulistana. À medida que pleitos individuais são atendidos por decisões como as ora impugnadas acarretam o denominado ‘efeito multiplicador’, pois estimulam ainda mais a avalanche de demandas judiciais individuais que pleiteiam do Poder Público toda sorte de prestações positivas envolvendo o direito à saúde e outros direitos sociais, gerando abalo nos combatidos cofres públicos e desorganização nos serviços públicos

Diante destas alegações o Ministro Presidente aduz que há necessidade de comprovação da referida ofensa:

Não se mostra suficiente a mera alegação de ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia. Somente o risco provável é capaz de abrir a via excepcional da contracautela [...] Compulsando o ordenamento vigente, verifico que as normas regentes são explícitas ao dispor que somente a grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública autoriza a suspensão da liminar ou da sentença. [...] Não obstante a alegação de ocorrência de lesão à ordem e à economia pública (páginas 6 e 7 do documento eletrônico 1), a petição inicial não foi acompanhada de qualquer estudo ou levantamento para prova do alegado. Não há como perquirir eventual lesão à economia pública a partir de meras alegações hipotéticas, desacompanhadas de elementos suficientes para a formação do juízo pertinente à provável ocorrência de abalo à ordem econômica do ente (Ag.Reg. na Suspensão de Liminar 815 São Paulo Relator:Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, J: 07/05/2015 - Plenário).

Outra decisão em que se nega a existência de risco de grave lesão à ordem, economia e saúde públicas: STA 761 / DF - Relator(a): Min. Presidente Ricardo Lewandowski, Julgamento: 26/11/2014.

A seguir, cada um dos itens elencados por Lima (2016) será abordado de modo breve e serão trazidos pequenos excertos das decisões analisadas, para ratificarem o entendimento da Suprema Corte.

i. Separação de Poderes - o Supremo Tribunal Federal enxerga a justificação de não interferência nos demais poderes como uma demonstração de acomodação política, conforme decisão de RE 667.882/ MG. Por isso, tal justificativa não é passível de se opor à efetivação do direito à saúde pela atuação judicial (LIMA, 2016).

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não viola o princípio da separação dos poderes o exame da legalidade e abusividade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário (ARE 1121083 / RJ - Relator(a): Min. Edson Fachin Julgamento: 30/04/2018)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais poderes, não representa ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes. (Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 818.572 Ceará Relator Min. Dias Toffoli Primeira Turma 02/09/2014).

O tema 698, cuja repercussão geral foi reconhecida no RE 684.612, pelo Relator Min. Ricardo Lewandowski, em 07/02/2014, trata dos “Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção”, porém ainda sem previsão de data para o julgamento de mérito.

Lima (2016) afirma que há três vertentes do raciocínio sobre a interferência do judiciário na implementação de políticas públicas. Na primeira, cuja ressonância se tornou pequena, a Suprema Corte entende que pode implementar políticas públicas quando há flagrante inadimplência por parte do Poder Público, porém respeitando-se a discricionariedade do gestor. Na segunda vertente, cumprir o artigo 196 da Constituição Federal não se trata de implementar políticas públicas, mas apenas fazer cumprir as que já existem, cabendo aos tribunais sua complementação, que, por falhas, não atingiram as pessoas como deveriam. Já para a terceira corrente, a omissão estatal legitima a intervenção judicial na efetivação do direito à saúde, mas não admite ingerências judiciais na discricionariedade administrativa. Essa última vertente é muito semelhante à primeira, e não se conseguiu diferenciá-las. Sendo assim, entende-se que há apenas duas vertentes e que elas possuem a mesma finalidade, que é permitir a interferência do Judiciário no âmbito do Executivo.

ii. Direito à saúde como um direito público subjetivo, indisponível e inviolável - fundamentação recorrente quanto à indisponibilidade de um bem cuja proteção deve ser garantida, mesmo diante da efetiva e insuperável escassez de recursos. Trata-se, desse modo, de direito inviolável que resulta na obrigação do Estado em garantir o fornecimento de medicamentos, principalmente, para doenças graves (LIMA, 2016).

[...] o acórdão recorrido não se afastou da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, firmada no sentido de que o direito à saúde é dever do Estado, sendo esse obrigado a fornecer os meios necessários ao tratamento médico de enfermos (Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 818.572 / CE, Relator Min. Dias Toffoli Primeira Turma 02/09/2014).

Diga-se, ainda, que essa decisão encontra-se em sintonia com a pacífica jurisprudência desta Suprema Corte a respeito do tema, que entende que o preceito do artigo 196 da Constituição Federal, antes de ser vulnerado, é devidamente cumprido com a prolação de decisões, como essa ora atacada, que impõem ao Estado o dever de fornecer aos necessitados os tratamentos médicos de que necessitam para sua sobrevivência ARE 881471 / AL - Relator(a): Min. Dias Toffoli Julgamento: 09/06/2015).

Além disso, conforme a jurisprudência desta Corte, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (ARE 1057975 / BA - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 05/10/2017).

iii. Força vinculante das normas programáticas - as normas classificadas como programáticas, por José Afonso da Silva, têm sua interpretação pelo STF como não podendo resultar em promessa inconstitucional e não realizável, o que a aproxima das normas de eficácia imediata (LIMA, 2016).

Assim, a regra contida no art. 196 da Constituição, a despeito de seu caráter programático, não exime o Estado do dever de assegurar aos cidadãos os meios necessários ao gozo do direito à saúde. (ARE 1057975 / BA - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 05/10/2017; ARE 1121505 / RN - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 25/04/2018).

iv. Julgamentos à luz da adjudicação e não de um problema distributivo - em nenhum momento, pelo menos nas decisões analisadas, bem como outras citadas pela literatura, há uma análise pelo STF sobre a ocorrência de uma possível injustiça distributiva em relação à adjudicação de medicamentos de alto custo. Nem o fato de se tratar de adjudicações individuais que consomem grande quantidade de recursos em detrimento de inúmeras pessoas que não possuem o mínimo em saúde, os ministros não fazem qualquer análise em relação a isso.

Traz-se os argumentos da Fazenda Pública do Estado de Goiás, da Medica cautelar na Suspensão de Segurança SS 5192 MC/GO, julgada pela Ministra Presidente Cármen Lúcia, em 07 de agosto de 2017, que apesar de fortes, não foram em nenhum momento enfrentados, principalmente em relação ao tema da distribuição desigual de recursos:

[...] decisões judiciais como a ora guerreada, que determinam, mesmo à míngua de substrato probatório fidedigno, o fornecimento de drogas importadas, sem registro no órgão sanitário, despidas de estudos científicos aprofundados, de relevantíssimo impacto financeiro e não contempladas nos Programas de Distribuição de Medicamentos, provocam um desarranjo orçamentário, obrigando os administradores a realocarem verbas que seriam usadas no atendimento isonômico de uma universalidade de usuários em prol de única e determinada pessoa – e o que é pior, sem que haja, sequer, suficiente expectativa de melhora, em face da incipiência dos estudos científicos e do não enquadramento do caso nas hipóteses estudadas para a aprovação do medicamento nos Estados Unidos.[...] o SAMU possui contrapartida estadual anual de R\$ 16.821.204,00, programa esse destinado ao atendimento de urgências e emergências de milhões de pessoas EM TODO O TERRITÓRIO GOIANO. Trocando em minúcias, o tratamento da impetrante, individualmente, custaria praticamente 17% do orçamento anual destinado à manutenção do SAMU nos Municípios. (grifou-se)

v. Responsabilidade solidária dos entes públicos - apesar de sempre ser desafiada nas alegações das Fazendas Públicas, apresenta uma posição bem consolidada no sentido da responsabilidade solidária, entendida sua negativa como uma esquivia ao ônus de fornecer saúde digna à população, cabendo à parte escolher livremente contra quem irá demandar (LIMA, 2016).

Ocorrência da alegação em 8 das 13 decisões analisadas: i) Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 818.572 / CE Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma 02/09/2014; ii) ARE 889216 / DF - Relator(a): Min. Dias Toffoli Julgamento: 25/05/2015; iii) Ag.Reg. Na Suspensão De Liminar 815 SP Relator Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, Julgamento: 07/05/2015 Plenário; iv) SL 1141 / MS - Relator(a): Min. Presidente Julgamento: 16/01/2018; v) STP 101 / ES - Relator: Min. Presidente Dias Toffoli Julgamento: 03/04/2019; vi) ARE 881471 / AL - Relator(a): Min. Dias Toffoli Julgamento: 09/06/2015; vii) ARE 1057975 / BA - Relator(A): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 05/10/2017; e viii) ARE 1121505 / RN - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 25/04/2018;

Há de se ressaltar que, em 23 de maio de 2019, o mérito da repercussão geral reconhecida em 06/03/2015, no RE 855.178 RG / SE de relatoria do Min. Luiz Fux foi decidido e fixada a seguinte tese:

[...] o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): "Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial

direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019.

vi. Fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA - anteriormente ao julgamento da repercussão geral no RE 657.718, que teve o mérito julgado em 22/05/2019, o registro na ANVISA era um obstáculo muito frágil à adjudicação de medicamentos de alto custo, sendo que a simples comprovação da necessidade do fármaco (simples indicação em um laudo do médico assistente), o registro em congênere estrangeira ou a possibilidade da existência de risco de dano inverso era suficiente para passar por cima de qualquer limitação relativa ao não registro no órgão.

Há peculiaridades que exigem do julgador a utilização de fundamentada opinião diversa. No julgamento da SS 4.316, o então Presidente, Ministro Cezar Peluso, em que pese os precedentes citados, entendeu presente o denominado risco de dano inverso. Naquele caso, o fármaco que ainda não tinha registro na ANVISA era o único medicamento eficaz disponível para o tratamento da enfermidade. [...] em que pese a ausência de registro do medicamento pela ANVISA, sua utilização foi aprovada pela entidade governamental dos Estados Unidos da América, responsável pelo controle dos alimentos, suplementos alimentares, medicamentos e demais produtos da mesma espécie. Tal entidade, assim como a congênere brasileira, testa e estuda os medicamentos antes de aprovar a comercialização desses fármacos. Isso não quer dizer que as normas brasileiras referentes à comercialização de medicamentos devam ser ignoradas. [...] No entanto, pontualmente, quando há comprovação de que uma medicação ainda não aprovada pela ANVISA é a única eficaz para debelar determinada enfermidade que coloca em risco a vida de paciente sem condições financeiras, entendo que o Estado tem a obrigação de custear o tratamento se o uso desse mesmo medicamento for aprovado por entidade congênere da agência reguladora nacional. Na decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela no juízo de origem, ficou robustamente comprovada a necessidade de fornecimento do medicamento para evitar o agravamento do quadro clínico do interessado. (Ag.Reg. na Suspensão de Liminar 815 SP Relator: Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, 07/05/2015, PLENÁRIO, votação unânime).

Sobre a possibilidade de risco de dano inverso, esta foi tratada nos seguintes decisões analisadas: SS 5192 MC / GO - Relator(a): Min. Presidente Cármen Lúcia, Julgamento: 07/08/2017; STP 24 MC / MG - Relator(a): Min. Presidente Cármen Lúcia, Julgamento: 25/04/2018; e STA 761 / DF - Relator(a): Min. Presidente Ricardo Lewandowski, Julgamento: 26/11/2014

Após o julgamento de mérito da repercussão geral no RE 657.718, o entendimento ficou mais restritivo:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016),

quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

vii. Superação da reserva do possível - em vista da escassez de recursos para o custeio de medicamentos e outros tratamentos médicos, a alocação de recursos seria uma atribuição exclusiva do Poder Executivo, da qual o Judiciário não poderia intervir. Entretanto, o STF tem passado por cima de tal limitação, sendo que de acordo com Lima (2016), esta teoria é completamente desacreditada pela Corte.

[...] a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (RE 855.178-RG/SE (Tema 793), de relatoria do Ministro Luiz) (ARE 1057975 / Ba Relator(A): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 05/10/2017)

[...]somando-se a isso o fato inexistir nos autos comprovação da alegada lesão, tampouco a indisponibilidade financeira do Estado que o impediria de importar e fornecer o medicamento motivos pelos quais entendo cabível o indeferimento do pedido de suspensão (Ag.Reg. na Suspensão de Liminar 815 SP Relator :Ministro Presidente Ricardo Lewandowski 07/05/2015 Plenário).

Ademais, importa acentuar, quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, que o Poder Público, ressalvado a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. Com esse entendimento, oportuna a transcrição de trecho do voto do Ministro Celso de Mello no RE 410.715-AgR/SP: “Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004) (ARE 1121505 / RN - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 25/04/2018).

[...] a manutenção da decisão atacada mostra-se imperiosa para preservar a vida do requerido, somando-se a isso o fato inexistir nos autos comprovação da alegada lesão e indisponibilidade financeira do Estado, que o impediria de importar e fornecer o medicamento – motivos pelos quais não entendo cabível o pedido de suspensão (STA 761 / DF Relator(a): Min. Presidente Julgamento: 26/11/2014).

As decisões selecionadas nos últimos cinco anos não vêm inovando em sua interpretação quanto aos quesitos acima expostos, sendo que algumas posições são absolutas e não apresentam qualquer alteração interpretativa, muito pelo fato de estarem aguardando o julgamento da repercussão geral sobre a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamento de alto custo, conforme RE 566.471/RN, com previsão inicial de julgamento para 13/06/2019,

postergada para 23/10/2019, conforme informações do portal do STF (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>).

A única decisão que se diferenciou quanto aos seus fundamentos foi a Suspensão de Tutela Provisória (STP 101/ES), *na qual o* Presidente do STF, o Ministro Dias Toffoli, em 3 de abril de 2019, deferiu a suspensão da tutela provisória em uma ação civil pública, única decisão contrária ao fornecimento de medicamentos liminarmente.

O pedido de Suspensão de Tutela Provisória (STP 101/ES), com liminar, foi ajuizado pela União, que objetivava suspender os efeitos da tutela provisória mantida pela 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e concedida em sentença pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, nos autos da ação civil pública nº 0007010-81.2013.4.02.5001, para fornecer análogos de insulina de longa duração a pacientes diabéticos de difícil controle.

O Magistrado da ação originária, em primeiro grau, julgou procedente a ação civil pública formulada pelo Ministério Público Federal e deferiu, em sede de tutela antecipada, o acesso aos análogos de insulina a portadores de diabetes mellitus tipo 1 instáveis, mandando o SUS implantar protocolo de incorporação do medicamento e viabilizar o custeio ou distribuição às secretarias estaduais de saúde.

Em sede de apelação no TRF da 2ª Região, obteve-se acórdão no sentido de confirmar a decisão recorrida, inclusive com a manutenção do alcance dos efeitos da decisão a todo território nacional, por se tratar de direito difuso.

A suspensão da tutela provisória, no entanto, parece ser incongruente com critérios de justiça, já que na ação civil pública, de natureza coletiva, a antecipação da tutela é muito mais justa do que a antecipação realizada no âmbito de uma ação individual, pois, abrange todos aqueles que também necessitam do medicamento solicitado, assegurando a equidade do acesso, o que, apesar de ter sido considerado e louvado pelo Ministro Presidente, não foi suficiente para convencê-lo da necessidade da manutenção da antecipação de tutela, ao contrário de outras suspensões em ações individuais que indeferiu:

Nesse passo, tenho que as ações individuais, embora indispensáveis para a garantia do mínimo existencial, não possuem a capacidade de assegurar a equidade no acesso e, não raro, conduzem, em seu conjunto, a uma desordem do sistema de saúde, pela contumaz desconsideração – a que tende o julgador diante de um caso concreto, isoladamente considerado – da visão conjuntural que deve permear as escolhas em um sistema de saúde e, bem assim, dos critérios técnicos para a concessão de tecnologias no mesmo sistema. [...] há de se louvar que a temática da demanda original esteja em sede coletiva, afinal, em matéria de saúde pública, as ações

coletivas impulsionam o debate na macro perspectiva do sistema, com maior vocação, portanto, à garantia de implementação das diretrizes e princípios do SUS.

Porém, o Ministro afirma a potencialidade de impacto deste tipo de ação e a dificuldade de que, uma vez, fornecido determinado direito social, este seja suspenso, e dessa forma, vislumbra que seus impactos são mais perceptíveis e que é mais prudente que seus efeitos se deem após o trânsito em julgado, pois a decisão recorrida adentra o âmbito da política pública.

Naturalmente, todavia, essas mesmas demandas coletivas guardam a capacidade de atingir a própria estrutura das políticas públicas, com impactos de ordem financeira, organizacional e decisória significativos. Em matéria de direitos sociais esse impacto tende a ser ainda maior, dada a dificuldade de retrocesso em atendimento já iniciado na seara dos direitos sociais, ainda que o fornecimento da atenção tenha se dado por ordem judicial. Por isso – e sem negar a possibilidade de concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ações de natureza coletiva (matéria sobre a qual a doutrina já acena em sentido positivo desde a égide do revogado Código de Processo Civil) – há que se ter em conta que, em demandas de tal natureza, é sempre mais perceptível a constatação dos impactos causados ao sistema público (no caso, de saúde) pelo imediato adimplemento de ordem antecipatória, sendo em alguns casos prudente que se aguarde – para produção dos amplos efeitos da decisão – a segurança que o trânsito em julgado a ela oportuniza. [...] No caso em apreciação, o conjunto decisório cujos efeitos se pretende ver suspensos envolve, como visto acima, duas ordens antecipatórias: (i) elaboração de protocolo clínico para atendimento dos pacientes com diabetes mellitus tipo 1 instável ou de difícil controle na rede pública de saúde; e (ii) com garantia, nos termos do protocolo, da dispensação de análogos de insulina de longa duração. Como se pode observar, o comando adentra no próprio cerne da política de saúde, especialmente ao decidir pela incorporação de novas tecnologias no sistema, quais sejam, os análogos de insulina de longa duração, que atualmente não compõem o sistema nacional de saúde. (grifou-se)

Entretanto, quase sempre a decisão da ação individual adentra o “cerne da política pública”, mas nisso não se vê um problema, pois o impacto financeiro é desconsiderado, enquanto que na ação coletiva isso vira um problema que deve ser evitado. Amaral (2001) tenta explicar esta incongruência:

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso (AMARAL, 2001, p. 146).

O Ministro Dias Toffoli, ainda afirma a importância técnico-científica dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas, o que é outra incoerência da decisão, pois os PCDT parecem tomar a devida importância apenas quando se trata de ações coletivas:

[...] a orientação da conduta médica [pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas], especialmente em um sistema público de saúde da magnitude do SUS, é essencial para que não se tenha experimentações e condutas aleatórias ou

particularizadas sem respaldo na ciência. Tão grande a importância desse documento para a promoção da saúde que se teve sua disposição em âmbito legal.

O Ministro não considera que as decisões que determinaram a elaboração do PCDT violaram a ordem pública ou sanitária, mas a exigência de que o protocolo incorpore determinado medicamento, vai contra a exigência de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade, que possui critérios técnico-científicos, que não podem ser ignorados.

Portanto, a sentença que promoveu a antecipação de tutela e o acórdão que a manteve não violaram, nessa determinação de elaboração de protocolo clínico, a ordem pública ou sanitária. [...] Todavia, há um elemento adicional no conjunto decisório que merece especial atenção: a determinação de que o protocolo clínico contemple específica tecnologia [...] Essa espécie de ordem não está delimitada apenas ao campo de orientação de conduta clínica, pois envolve, ainda, a determinação de incorporação de tecnologia no sistema público, para a qual a legislação exige, “em qualquer caso” sejam “avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde de que trata o protocolo” (art. 19-0, parágrafo único, da Lei nº 12.401/11). As evidências exigidas pela legislação, como se pode observar, seguem a ordem da ciência e é isso que dá às citadas previsões legais distinto patamar. Isso porque se trata do reconhecimento normativo de que o processo decisório que permeia os sistemas de saúde deve adotar critérios essencialmente pautados em evidências, e não apenas em impressões ou observações pontuais.

O Ministro adota a tese do recorrente de que a recomendação de não incorporação das insulinas análogas pela CONITEC evidencia o potencial de grave lesão à ordem sanitária

As boas práticas de pesquisa clínica, portanto, se revelam fundamentais à própria garantia do direito à saúde e, nesse passo, a elevação a âmbito legal da evidência científica como condutora do processo decisório no SUS marca a postura do legislador de ver afastada do sistema público de saúde escolhas irracionais ou, de outro lado, formuladas exclusivamente no campo da autoridade; posturas que poderiam ser tendências em um sistema de saúde, dada a dificuldade dos pacientes em lidar com a negativa nesse campo e, de outra parte, os elevados custos que se impõem aos sistemas de saúde em cada escolha medicamentosa realizada. E no caso, há um impasse que evidencia o potencial de grave lesão à ordem sanitária. É que no mais recente protocolo clínico para o tratamento da Diabetes Mellitus Tipo 1 no SUS, que como assinalado acima, foi elaborado após a ordem judicial de elaboração de novo protocolo, constou expressa recomendação da CONITEC (órgão eleito pela legislação, para assessoramento do Ministério da Saúde na incorporação de medicamentos e elaboração de protocolos clínicos) pela não utilização das insulinas análogas de longa duração no SUS. [...] A conclusão do Ministério da Saúde, como se pode observar, mesmo depois de revisto o protocolo de atendimento à Diabetes Mellitus tipo 1, foi no sentido da insuficiência de evidência científica à utilização das insulinas análogas de longa duração comparativamente à insulina NPH, já disponível no SUS. [...] Tem-se, portanto, relevante embate científico, sob critérios definidos na legislação pátria, que merecem a adequada apreciação nos autos da ação originária antes do cumprimento das ordens judiciais já proferidas, porque satisfativas, a fim de que não se tenha o risco de expor os pacientes do SUS a alternativas terapêuticas inidôneas ou de comprovação científica duvidosa.

Assim, entende que há risco à ordem sanitária a justificar a suspensão dos efeitos da tutela provisória:

Tenho, desse modo, que resta evidenciado, no caso, o risco à ordem sanitária, diante dos elementos acima apontados, a justificar a suspensão dos efeitos das ordens antecipatórias proferidas na origem, até que se tenha a segurança jurídica estabelecida pelo trânsito em julgado da decisão.

Aduz, ainda, que o Ministério da Saúde, responsável pela incorporação de medicamentos, tem encontrado dificuldades técnico-científicas para recomendar o uso do medicamento, o que não pode, a princípio, ser ultrapassado pelas ordens judiciais, argumento totalmente ignorado quando se tratam de ações individuais.

Todavia, ante a dificuldade apresentada pelo Ministério da Saúde – assim atestada em protocolo clínico elaborado posteriormente à decisão judicial – de [não] promover a recomendação de uso da medicação por alegada ausência de evidências científicas quanto a sua eficácia (e quanto à superioridade em comparação às alternativas disponíveis no sistema), tem-se um impasse que não pode – até o presente momento – ser solucionado pelas ordens judiciais já proferidas, máxime quando identificado que atribuíram ao Ministério da Saúde a adoção dos critérios por meio dos quais se faria o atendimento aos pacientes portadores da Diabete Melito tipo 1; e, do que se observa da documentação dos autos, é esse mesmo órgão que não tem encontrado as evidências de que precisa para fazer a elaboração do protocolo clínico com a previsão dos medicamentos determinados na ação judicial.

O Ministro faz referência ao risco de determinar a incorporação do medicamento pela via judicial, o que é diferente quando se tem uma Política Pública instituída por lei, como o Projeto de Lei PL nº 133/2017 que incorporará, a despeito de comprovada eficácia científica, as insulinas análogas, quando passará a haver previsão orçamentária para sua distribuição.

Anoto, ainda, o risco decorrente da determinação de incorporação de medicamentos (tecnologia, portanto) sem o adequado aporte de recursos à saúde pública. No ponto, observo que há em tramitação no Congresso Nacional, projeto de lei (PL nº 133/2017) voltado à instituição da “Política Nacional de Prevenção do Diabetes e de Assistência Integral à Pessoa Diabética”: a ser adotada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para apoiar o desenvolvimento científico, a formação e educação continuada de profissionais e pacientes, o direito às medicações e instrumentos, o teste no procedimento de triagem e a disponibilização de exames de fácil realização” (trecho do projeto de Lei nº 133, de 2017). No texto, ainda sujeito à aprovação do Senado, encontra-se, dentre as diretrizes da política: “VI – o direito às medicações, incluídos os análogos de insulina, aos instrumentos e aos materiais de autoaplicação e autocontrole, com vistas a garantir a maior autonomia possível por parte da pessoa diabética”; A previsão em destaque inova, relativamente ao texto da lei ora vigente (Lei nº 11.347/06), quanto ao fornecimento de análogos de insulina. Embora seja questionável o estabelecimento em lei da opção tecnológica a ser disponibilizada pelo Sistema de saúde, a instituição de política específica voltada à prevenção e assistência à pessoa com diabetes por meio do Legislativo, terá o condão de assegurar, em caso de aprovação das tecnologias na lei previstas, o necessário aporte de recursos para fazer frente às novas despesas, as quais, no caso, são dignas de nota.

Fundamenta sua decisão de suspender os efeitos antecipatórios na lesão às ordens sanitária e econômica.

Tenho, portanto, que, no caso, resta demonstrado que a aplicação imediata do integral efeito das decisões de origem teria o condão de atingir, a um só tempo, as ordens sanitária e econômica, razão pela qual é cabível a suspensão dos efeitos antecipatórios das aludidas decisões, até o trânsito em julgado da ordem.

Sugere, ainda, que o governo contrate pesquisas para dirimir o a falta de evidência científica.

Lado outro, rememoro que os estudos já realizados foram apontados como frágeis em suas evidências em razão dos vieses que possuíam (“baixa qualidade metodológica, não cegos e praticamente todos de patrocínio da indústria farmacêutica”). Não se vislumbrou, todavia, indicação de que a União tenha buscado a adoção de medidas tendentes à elaboração ou contratação de pesquisas com rigor técnico que as coloquem em nível superior de evidência científica. Desse modo, a presente decisão não prejudica a adoção de medidas cautelares pelo juízo de origem que se voltem a garantir solução ao impasse técnico-sanitário a que sujeito o Ministério da Saúde.

Como se acompanhou, a decisão pela suspensão da tutela provisória acaba por aderir a quase todas as teses da defesa, inclusive àquelas expendidas nas ações individuais, cujo impacto financeiro também é relevante.

Outra questão, que pode ser notada, é que nas ações individuais o envolvimento do julgador com a vida de pessoa determinada, que muitas vezes é uma criança, com nome informado nos autos, e cuja história de vida muitas vezes passa a ser conhecida, leva o julgamento a um nível de comprometimento pessoal maior do julgador. Nas ações coletivas as pessoas não são individualizadas, o risco iminente de vida não possui um titular claro. Isso parece interferir no julgamento, sendo que a impessoalidade de uma ação coletiva propicia o distanciamento necessário para o julgador.

Por exemplo, no julgamento da Medida Cautelar na Suspensão de segurança ajuizada pelo Estado de Goiás (SS 5192 MC / GO), objetivando suspender os efeitos da medida liminar deferida pelo Relator do Mandado de Segurança no Tribunal de Justiça do Goiás, que determinou o fornecimento à menor AVB do medicamento Spinraza (nusinersena), a medida cautelar foi indeferida pela Presidente do STF, a Ministra Cármen Lúcia, em 07 de agosto de 2017.

Em suas fundamentações a Ministra Presidente ignorou os fatos trazidos pelo recorrente, que alegava dentre outras coisas o risco de lesão à ordem, à saúde e a economia públicas, causada pelo custo alarmante do medicamento, cujo tratamento seria de quase R\$ 3.000.0000,00 (três milhões de reais) por semestre, o que representaria prejuízos ao atendimento de um enorme contingente de pessoas que necessitam dos serviços do SUS, com prejuízo de todas as políticas públicas gestadas para o atendimento de milhares de pessoas,

sendo que somente o tratamento da impetrante equivaleria a 17% do orçamento anual destinado ao SAMU que atende a todo o Estado, e mais de 30% de tudo o que é gasto com as Unidades de Pronto Atendimento em um ano e que atendem milhões de pessoas.

No entanto, para a Ministra presidente Cármen Lúcia a possibilidade de dano inverso é capaz de neutralizar todas estas defesas:

Nesse exame preliminar e precário, demonstra-se que o deferimento da medida liminar requerida pelo Requerente configuraria dano inverso podendo levar à morte da menor Interessada, que está internada na UTIP (Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica) do Hospital Igope em Goiânia.

Nesse sentido a Ministra Presidente cita precedente:

II – Constatação de *periculum in mora* inverso, ante a imprescindibilidade do fornecimento de medicamento para melhora da saúde e manutenção da vida do paciente. III – Agravo regimental a que se nega provimento (STA n. 761/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 29.5.2015).

Utiliza-se ainda da formação do médico prescritor para fundamentar sua decisão em argumento de autoridade:

O médico que fez a avaliação da Interessada, Dr. Guilherme de Abreu Silveira, “Pós-graduado em Emergência Pediátrica, Pós-graduado em Síndrome de Down, Especialista em Pediatria pela Sociedade Brasileira de Pediatria, Especialista em Neonatologia pela Sociedade Brasileira de Neonatologia, Especialista em Desenvolvimento e Comportamento Infantil e PhD” assim se posicionou no relatório médico [...].

Ressaltou que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, com a citação de precedente:

[...] o alto custo do medicamento não [seria], por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis” (SS 4.316/RO, Relator o Ministro Cezar Peluso, decisão monocrática, DJe 13.6.2011).

A Ministra Cármen Lúcia não fundamentou a ausência de lesão à ordem e à economia públicas, utilizando mera afirmação de ausência de lesão. Ao que parece, quando a questão envolve a vida humana, o STF não faz nenhum esforço no sentido de analisar efeitos deletérios que não sejam relativos ao dano inverso. Em momento algum a decisão, sequer, analisa o impacto à saúde pública de Goiás devido ao indeferimento da medida, conforme alegado pela Fazenda Pública. O orçamento público e seu atendimento aos menos favorecidos, também não é, sequer, mencionado. O absolutismo do direito à vida é constante nos julgamentos de pedidos de medicamento, porém, parece que o Supremo desconsidera as

outras tantas vidas que são postas em risco devido à sua atitude míope em relação às implicações globais. Tudo se resume a uma justiça casuística, ou seja, a partir do momento em que se passa a conhecer o nome do paciente que necessita da droga, alternativas não existem à manutenção, a qualquer custo, daquela vida, que foi particularizada, ainda que a adjudicação do tratamento não seja garantia de sobrevivência. O drama invisível dos menos favorecidos não é levado a sério. A retirada de recursos, já escassos, que poderiam atender a milhares de pessoas cuja única possibilidade de atendimento é pelo sistema público de saúde, é uma forma de injustiça que não é, sequer, abordada.

O medicamento solicitado, denominado Spinraza (nusinersena) para tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME 5q) foi recentemente incorporado aos protocolos do SUS, em março de 2019. Seu elevadíssimo custo não foi impeditivo para a adoção dessa política pública, pois ficou demonstrada, de acordo com critérios científicos, que a droga traz efeitos concretos na melhoria da qualidade de vida dos pacientes.

Dessa forma, baseado na evidência científica disponível e no custo do tratamento, considera-se que o nusinersena apresenta resultados de eficácia e segurança plausíveis para o tratamento de indivíduos com AME 5q tipo I. Para as demais populações portadoras de AME 5q as evidências são mais incipientes. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019, p. 9).

De acordo com o relatório de incorporação do medicamento (nusinersena), o gasto estimado no primeiro ano da incorporação variará entre R\$ 122,6 a R\$ 217,1 milhões. Considerando o total acumulado em 5 anos, o impacto financeiro ficará em torno de R\$ 1,2 a R\$ 1,6 bilhão (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE; COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS - CONITEC, 2019).

Apesar do alto impacto financeiro trazido pela incorporação do medicamento, os critérios técnico-científicos utilizados são superiores àqueles utilizados na distribuição do medicamento pelo Poder Judiciário, que é incapaz de realizar um estudo minimamente científico. Isso, a despeito da possibilidade de utilização de auxiliares técnicos, o que não é usual nas decisões sobre distribuição de medicamentos, sendo que os parâmetros gravitam em torno do direito e da ética da preservação da vida e da saúde, e raramente se faz uma análise da justiça da distribuição dos remédios de alto custo levando em conta a situação dos menos favorecidos.

Depreende-se que as decisões do STF analisadas se distanciam da justiça como equidade proposta por Rawls, pois, em vista da escassez de recursos, não se privilegia o mínimo social e adjudica-se tratamentos que são capazes de prejudicar a sua distribuição.

CONCLUSÃO

A dissertação de mestrado buscou trazer à luz das análises sobre justiça alguns aspectos relevantes envolvidos no direito à saúde, utilizando-se para tanto, a teoria da justiça como equidade proposta por John Rawls, em seu livro “Uma teoria da justiça”, de 1971, marco do ressurgimento da teoria política.

Dessa forma, analisou-se, a partir desse referencial teórico, a justiça do direito à saúde, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, principalmente em relação aos princípios da universalidade e da integralidade, vistos sob a ótica do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como a justiça das decisões do STF sobre pedidos de medicamentos de alto custo.

De modo geral, o mínimo existencial é entendido como o conjunto de condições materiais mínimas que garante uma vida digna, que propicia o gozo e a fruição dos direitos individuais e políticos. Por outro lado, a reserva do possível é entendida como a insuficiência de recursos financeiros por parte do Estado para atender a todas as demandas sociais, e de modo menos frequente, como a impossibilidade técnica, por exemplo, quando se pretende distribuir de maneira geral e gratuita um medicamento em fase experimental.

O mínimo existencial deve ser entendido como um limite imposto pela racionalidade econômica à efetivação dos direitos sociais, que passa a reduzi-los à sua essencialidade. Por isso, pode-se afirmar que o mínimo existencial não está adstrito à reserva do possível, pois sendo um mínimo de direitos, não pode ser limitado ou restringido.

Em sua teoria da justiça como equidade, Rawls objetiva formular uma concepção de justiça social, a partir da escolha consensual dos princípios de justiça realizada em um acordo original, que passarão a ser um padrão para a avaliação dos aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade.

O autor supõe que as partes do acordo original possuem interesses por bens sociais primários, coisas que se presume que todos os seres humanos queiram racionalmente. Tais bens são necessários à realização dos planos de vida de cada indivíduo de acordo com sua concepção pessoal de bem.

Nesta lista de bens primários há uma parte essencial, representada pelas necessidades básicas, denominada por Rawls de mínimo social. Assim, alimentação, habitação, educação

básica e saúde constituem o mínimo social. Os demais bens primários que o ultrapassam são bens fundamentais à cidadania.

O mínimo social é fundamental para que as pessoas possam fruir os iguais direitos fundamentais e liberdades, pois oferece condições materiais e sociais mínimas para uma existência digna e, ainda, possibilita a concorrência às iguais oportunidades de maneira equitativa, sendo, por conseguinte, distribuído conforme o princípio da igualdade. Assim, somente após este ponto de igualdade mínima é que deve ser aplicado o princípio da diferença.

Pode-se afirmar que o mínimo existencial e a reserva do possível estão presentes na teoria da justiça como equidade de Rawls e que ambos servem à manutenção da cooperação social.

O mínimo existencial pode ser equiparado ao mínimo social, que é regido pelo princípio da igualdade, já que não garanti-lo a todos seria injusto, pois assim como as liberdades não devem ser distribuídas de maneira desigual, nem com vistas a uma melhoria na distribuição da riqueza, o mínimo social não deve ser distribuído de maneira desigual, nem se objetivar melhorar a condição dos menos favorecidos.

Em relação à reserva do possível, esta não é tão evidente na teoria da justiça como equidade, mas pode ser depreendida como um princípio que visa a impedir o exagero na tributação, através de um limite do gasto público à possibilidade orçamentária, econômica e financeira, quando este extrapola o atendimento ao mínimo social/existencial.

A obra de Rawls pode ser entendida como necessária para dar suporte teórico-filosófico à minimização dos direitos sociais, que passaram a ser considerados excessivos após as diversas crises do capitalismo. Assim, os conceitos de mínimo social e do não exagero na tributação se contextualizam com a racionalização da distribuição dos direitos sociais, que passam a ser considerados apenas aqueles fundamentais a uma vida digna.

A teoria da justiça proposta por Rawls é uma tentativa de suplantar o utilitarismo, que para o autor proporciona bases frágeis às instituições democráticas, já que o maior bem-estar social não deveria se basear em sacrifícios individuais.

Entretanto, Rawls não conseguiu, como desejava, se afastar tanto do utilitarismo, pois como ele mesmo chega a afirmar, há outros consensos que podem superar os planos individuais, como o bem-estar social, que não pode ser entendido de outra forma, senão como

o maior bem comum, que depende da distribuição em benefício de uns e em prejuízo de outros.

Assim, não é de se estranhar que argumentos utilitaristas, como o mínimo existencial e a reserva do possível, estejam presentes na teoria da justiça como equidade de Rawls. No entanto, o utilitarismo rawlsiano é mitigado pela importância que ele confere à proteção dos menos favorecidos e pelo estabelecimento de um mínimo social igual para todos, sendo que o autor não consegue elaborar uma teoria plenamente contrária ao utilitarismo, mas consegue mitigá-lo com o uso da equidade da distribuição, importante para qualquer tipo de decisão envolvendo questões de justiça.

Portanto, defende-se que a teoria da justiça como equidade de Rawls, apesar de voltada aos aspectos da política normativa, também possa ser utilizada como um guia para a decisão judicial, já que possui importantes diretrizes morais - os princípios de justiça.

A teoria da justiça como equidade altera a lógica da estrutura normativa proposta por Kelsen, oferecendo outro sentido à “norma hipotética fundamental”, que passa a ser entendida como o conjunto dos princípios de justiça escolhidos na posição original, que deve nortear a Constituição, as leis e normas em geral, assim como a decisão judicial, descaracterizando o purismo jurídico da ciência do direito, o que é congruente com o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

Dessa maneira, a justiça da Constituição ou de qualquer dispositivo constitucional, lei ou decisão judicial pode ser verificada através da simulação mental das deliberações feitas na posição original, pois como afirma Rawls (2011, p. 31-32) “podemos, por assim dizer, entrar nessa posição a qualquer momento simplesmente argumentando a favor de princípios de justiça em consonância com as restrições à informação que foram especificadas” (véu de ignorância). O importante é que se analise a justiça da norma legal ou judicial, de acordo com os dois princípios de justiça, por meio de um exercício mental apoiado na regra maximin, da escolha das alternativas menos piores dentre as piores

Nesse sentido, concorda-se com um dos mais famosos críticos de Rawls, Michael Sandel, de que a escolha dos princípios de justiça não é um acordo interpartes, mas uma espécie de cognitivismo, no qual é possível encontrar os princípios de justiça por meio da razão.

Assim, o objetivo de analisar a integralidade e a universalidade do direito à saúde, bem como as decisões tomadas pelo STF sobre pedidos de medicamentos de alto custo e

verificar sua aderência aos princípios de justiça escolhidos na posição original torna-se possível, escolha que é entendida como um exercício de reflexão autônomo, sendo que aquele que faz a análise do atendimento aos princípios de justiça há de se colocar no lugar dos menos favorecidos.

A sindicabilidade ou a possibilidade de judicialização dos direitos sociais fundamentais possui algumas correntes específicas e contrapostas que podem ser encontradas tanto no âmbito normativo como no âmbito político.

No âmbito normativo, a divisão se dá entre as correntes que defendem a possibilidade ou não de o Poder Judiciário aplicar as normas constitucionais sobre direitos fundamentais, de maneira direta, isto é, anteriormente à existência de leis infraconstitucionais, de acordo com as características da própria norma.

No âmbito político, a divisão se dá entre as correntes que defendem ou não a legitimidade do Poder Judiciário para intervir nas decisões políticas e qual o grau de intervenção permitido.

Do estudo da teoria da norma constitucional de Alexy, depreende-se que as normas de direito fundamental classificadas como regras possuem aplicação imediata. Já em relação aos princípios, há de se verificar se estes, depois de ponderados, geram um direito subjetivo ou não, sendo que se tais normas se referirem ao mínimo existencial dirão respeito a um direito subjetivo e terão aplicação imediata, isto é, aplicação independente da existência de norma infraconstitucional; caso sejam apenas programáticas, não irão gerar um direito subjetivo, que só existirá a partir da norma infraconstitucional.

Em relação ao âmbito político, a discussão sobre a intervenção do Poder Judiciário nos direitos sociais fundamentais divide-se entre aqueles que i) admitem o controle judicial apenas quanto aos aspectos procedimentais das Políticas Públicas - corrente procedimentalista; ou ii) admitem o controle judicial pleno, tanto em relação ao aspecto procedimental quanto ao aspecto material das Políticas Públicas - corrente substancialista.

Apesar de se aceitar a aplicabilidade imediata da norma constitucional sobre os direitos sociais fundamentais e o controle judicial pleno das Políticas Públicas, a necessidade de que os tratamentos de saúde disponibilizados pelo Estado sejam definidos de acordo com critérios técnico-científicos limita a avaliação pelo Judiciário da terapêutica solicitada e ainda não incorporada às políticas do SUS, a despeito de qualquer tipo de assistência técnica, já que a decisão judicial não é apropriada à incorporação de novas tecnologias de saúde, sendo que

as limitações nesta área não se dão no âmbito normativo ou político, mas devido à necessidade de decisões balizadas por uma metodologia científica.

Cabe, no entanto, ao Judiciário, determinar que o SUS inicie os trâmites de análise de incorporação de determinada droga ou terapêutica, sendo que, em caso de não recomendação de incorporação pela CONITEC, o Judiciário deve respeitar tal decisão técnica, não devendo forçar sua distribuição.

A partir da Constituição Federal de 1988 o direito à saúde passou a ser previsto como um direito regido pelos princípios da universalidade e da integralidade, congruente com os critérios estabelecidos na Reforma Sanitária, ocorrida nos anos 80, que foi uma espécie de guia para a constitucionalização do direito à saúde no país.

A universalidade é interpretada de maneira diversa pela doutrina. Uma corrente dominante a entende como o acesso de qualquer cidadão, independentemente de sua condição socioeconômica, aos serviços de saúde patrocinados pelo Estado de forma gratuita. Uma segunda corrente defende que a universalidade deve ser restrita à capacidade do Estado em fornecer de modo igual e simultâneo a todos os cidadãos os mesmos serviços de saúde gratuitos, e para isso, estes devem ser os mais básicos e menos custosos. Outros autores, ainda, entendem que o acesso não deve ser universal, mas direcionado apenas aos mais pobres, do que se discorda, pois contraria a vontade constitucional e sua clareza semântica.

Quanto à integralidade, também há muitas discordâncias em relação à sua interpretação, sendo que para parte relevante da doutrina, ela se refere ao acesso ao mais complexo, inovador e custoso tratamento, a despeito das consequências advindas, como o esgotamento de recursos públicos por poucos indivíduos, o que leva a situações de injustiça.

Nesse contexto, poder-se-ia imaginar, que qualquer demanda de saúde não constante das políticas do SUS deveria obrigatoriamente ser atendida a partir de pedidos ao Poder Judiciário. No entanto, há a necessidade de que haja critérios objetivos que possam assegurar o acesso dos cidadãos aos tratamentos cuja eficácia científica esteja comprovada, dentre outros pré-requisitos, aqueles que possibilitem ao Estado custeá-los de maneira segura e visando a boa aplicação dos recursos públicos, principalmente, no atendimento aos menos favorecidos.

Há grandes divergências na interpretação do mínimo existencial/social em saúde e se este mínimo pode ser restringido pela reserva do possível, em vista dos princípios da integralidade e da universalidade, sendo que autores como Torres, Sarlet e Figueiredo, entre

outros, defendem apenas a saúde coletiva e as emergências médicas como o mínimo existencial. Outros, como Barcellos, defendem que o mínimo existencial se refere, além da saúde coletiva, ao nível básico de atendimento à saúde.

Entretanto, defende-se que o mínimo existencial/social em saúde, necessário para garantir o gozo e o exercício pleno das liberdades fundamentais, corresponde à integralidade e à universalidade, que são representadas pelas Políticas Públicas de abrangência universal do SUS, tanto preventivas quanto curativas, nos três níveis de complexidade da atenção: básica, média e alta complexidade, assim como o fornecimento dos medicamentos e tratamentos necessários, conforme a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), as listas de medicamentos excepcionais e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo que a reserva do possível não pode limitar o oferecimento desses serviços ao cidadão, que deve contar com previsão orçamentária suficiente ao seu atendimento, pois se caracteriza como um mínimo estabelecido constitucionalmente, e, por isso, faz parte dos objetivos precípuos do Estado, que deve direcionar recursos suficientes para garanti-lo, em vista da manutenção da cooperação social, o que é definido, preferencialmente, no âmbito político, por meio de políticas públicas.

Assim, uma vez incorporada determinada terapêutica, esta passa a fazer parte do mínimo existencial, ainda que possa haver problemas éticos, já que, em grande parte dos casos, quem provoca o órgão público a incorporar determinado medicamento é a própria indústria farmacêutica que o produz, que de outra forma, teria dificuldades intransponíveis à sua comercialização, devido ao elevadíssimo custo de seus produtos, inacessíveis, até mesmo, às pessoas pertencentes às classes mais privilegiadas da população.

Desse modo, concorda-se com Sarlet e Figueiredo (2007) sobre a limitação técnica da decisão judicial, que também deve ser compreendida na reserva do possível e que limita a adjudicação do tratamento ainda não considerado como componente do mínimo existencial, que é tarefa do SUS e de seus órgãos técnicos.

Portanto, a análise sobre a razoabilidade e adequação de uma determinada terapêutica, bem como sua essencialidade é muito mais abalizada quando realizada no âmbito dos SUS, por meio de suas metodologias técnico-científicas de incorporação referendadas internacionalmente, do que quando realizada por um juiz ou por um colegiado de magistrados, a despeito de todas as provas de necessidade e de eficácia/eficiência do tratamento solicitado, devido, principalmente, à maior participação pública (consulta pública) no processo e a

abrangência da decisão, que vai muito além da adjudicação individual e torna-se acessível a todos os que necessitarem.

Pode-se alegar que as ações coletivas possuem o mesmo potencial de abranger a todos aqueles que se enquadrem na espécie. Entretanto, apesar de mais justas do que a adjudicação individual, o déficit procedimental, principalmente em relação aos aspectos democráticos e técnico-científicos, retira do Poder Judiciário a necessária legitimidade para a introdução de uma nova terapêutica, independentemente, de seu custo.

O direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988, deve ser distribuído de modo igual (universalidade), isto é, sem levar em conta a necessidade econômica de cada indivíduo ou sua posição social, o que, se compatibiliza com o princípio da igualdade da distribuição prevista por Rawls em relação aos direitos e liberdades fundamentais (mínimo social).

Pode-se pensar que na posição original as partes do acordo, como desconhecedoras de sua capacidade de custear com recursos próprios os tratamentos de saúde que pudessem vir a precisar, racionalmente optariam por um sistema universal de saúde que as incluísse, independentemente, da condição financeira que viessem a ter. Nessas condições as partes escolheriam ter acesso a todo e qualquer conjunto de tratamentos disponíveis, pois poderiam pensar que se necessitassem, deveriam ser atendidas integralmente.

Entretanto, Rawls afirma que na posição original as partes partilham condições pouco exigentes, ou seja, demandariam tratamentos de saúde fornecidos pelo Estado e exigiriam um nível de tratamento abrangente, mas que se utilizasse de tecnologia acessível e com eficiência e eficácia comprovadas. Pode-se pensar, até mesmo, que escolheriam tratamento para todas as condições de doenças, mas cuja técnica/tecnologia possuísse uma relação custo-benefício aceitável, tendo em vista a proteção do próprio mínimo social e o não exagero da tributação, que servem à proteção da cooperação social.

Essa característica das partes na posição original faria com que os tratamentos cuja eficiência e eficácia não fossem comprovadas ou com problemas de custo-efetividade fossem rejeitados, o que é compatível com os critérios estabelecidos pelo SUS para a incorporação de novas tecnologias médicas.

Como a própria política do SUS vai além da assistência básica e compreende os graus de média e alta complexidade, bem como o fornecimento de medicamentos de alto custo, incorporados de acordo com critérios técnico-científicos, pode-se admiti-los como o

mínimo existencial/social em saúde no Brasil, sendo que aquele tratamento que não estiver presente nos protocolos e listas de medicamentos deve ser tratado de acordo com o princípio da diferença, e somente ser adjudicado se trouxer melhorias nas expectativas dos menos favorecidos.

Por exemplo, uma pessoa componente do grupo mais favorecido da sociedade e que não obteve sucesso com os tratamentos convencionais, mesmo aqueles de alto custo presentes nas listas SUS e distribuídos gratuitamente, vai ao Judiciário requerer uma nova droga de custo muito elevado, nesse caso, o juiz somente deve adjudicar tal medicamento se for verificado o princípio da diferença, isto é, se houver expectativa de aumento dos benefícios aos menos favorecidos, o que deve ser demonstrado pelo juiz, pois uma parte do orçamento dos SUS será realocada para o cumprimento da determinação judicial, vulnerando aqueles serviços que atendem ao mínimo existencial/social.

No entanto, como os recursos orçamentários do SUS estão previstos para a manutenção do mínimo existencial, a realocação desses para atendimento de pedidos que o extrapolem contribui para diminuir as expectativas dos menos favorecidos ao invés de elevá-las, pois passam a ser privados de atendimentos que se referem ao mínimo existencial.

Em vista da inevitável piora das condições dos menos favorecidos, que são aqueles que dependem exclusivamente do SUS para obterem tratamentos de saúde, por mais básicos que sejam, a adjudicação de tratamentos que não estejam previstos nas políticas do SUS é injusta do ponto de vista da teoria da equidade de John Rawls.

Supondo outra situação: A e B são pobres e possuem a mesma doença. Mas, B tem uma forma mais agressiva de doença. Os tratamentos oferecidos pelo SUS, em todos os níveis de complexidade, conseguem o controle da doença de A, mas não de B. B é orientado por seu médico a procurar o Judiciário para ter acesso a um medicamento X de alto custo que pode controlar sua doença ou, ao menos, oferecer-lhe uma melhor qualidade de vida. Quem é o menos favorecido nessa questão? Pode-se afirmar que, entre A e B o menos favorecido é aquele que possui a doença em sua forma mais grave, ou seja, B. Entretanto, se se considerar o universo de pessoas que dependem do SUS para obter tratamentos de saúde, pode-se verificar que aqueles que possuem demandas cobertas pelas políticas do SUS acabam sendo desfavorecidas pela compra de remédios de alto custo que não passaram por análises técnicas de incorporação e cujo orçamento da saúde não os prevê. Dessa forma o orçamento existente

deverá ser realocado para uma terapêutica que não passou pelo crivo técnico-científico e causará uma diminuição no atendimento das pessoas menos favorecidas.

Poder-se-ia questionar se é justa a não adjudicação do tratamento de alto custo a B e que ele seria vítima do utilitarismo. Sem dúvida, essa lógica possui forte nuance utilitarista, mas tem a seu favor a capacidade de levar em conta a necessidade dos menos favorecidos, que no caso são aqueles que necessitam do SUS como única forma de acesso a tratamentos de saúde, por mais básicos que sejam.

A aplicação da teoria da justiça como equidade de Rawls, que se pretende antiutilitarista é desnudada em seu utilitarismo, sendo que, o que talvez a salve de possíveis “monstruosidades”, é tentar ser equânime e pelo menos desejar aumentar as expectativas dos menos favorecidos, e, principalmente, tentar privilegiar um patamar social mínimo, a partir do qual as diferenças poderiam passar a ocorrer.

Entretanto, apenas como exercício argumentativo, a distribuição de remédios de alto custo e que não constam das listagens oficiais do SUS aos mais favorecidos, poderia trazer elevação das expectativas dos menos favorecidos?

Se se pensar apenas em pura e simples elevação das expectativas dos menos favorecidos ou em expectativas desproporcionais, pode-se imaginar que, por exemplo, poderia haver o barateamento dos medicamentos, pois se o Poder Público, único a conseguir custear tratamentos de alto custo, salvo raríssimas exceções, conseguisse ao longo do tempo fazer com que os retornos da indústria farmacêutica se realizassem, tais medicamentos, dentre outros, poderiam ser barateados, e abrangeriam mais pessoas. Por outro lado, a indústria poderia ter estímulo de continuar a investir em pesquisas de novas drogas, o que faria, possivelmente, com que ela expandisse suas operações, gerando empregos e pagando mais impostos. Dessa forma a elevação das expectativas dos menos favorecidos estaria atendida e, conseqüentemente, a justiça da distribuição.

No entanto, em vista de uma mera expectativa de melhora dos menos favorecidos e a real diminuição de suas perspectivas com o comprometimento orçamentário que prejudicará seu acesso ao atendimento dentro das políticas públicas já previstas, depreende-se que a adjudicação de medicamentos de alto custo não previstos nas políticas do SUS gera impacto negativo muito maior do que qualquer expectativa de melhora dos menos favorecidos, principalmente, porque há uma piora real em suas condições em comparação com uma melhora apenas virtual.

Poder-se-ia pensar que, se não há tratamento previsto para determinada doença no SUS, mesmo com importante representação epidemiológica e baixo custo, o judiciário poderia adjudicar este tratamento, desconsiderando a necessidade de estudos a serem realizados pela área de incorporação de novas terapêuticas.

Contudo, o melhor a ser feito pelo Judiciário diante de uma terapêutica ainda não incorporada, cuja eficácia/eficiência e custo-efetividade seja desconhecida, é instar o SUS a iniciar a análise de incorporação em regime de urgência, em virtude, por exemplo, do número de processos sobre o mesmo objeto ou em vista da preponderância da enfermidade, mas respeitar sua decisão final, ou seja, se não houver recomendação de incorporação do medicamento, o judiciário há de respeitá-la, pois como se viu, para tal decisão foram utilizados critérios apropriados e foi propiciada a participação dos interessados.

Em suma, o papel do Judiciário é o de fazer cumprir a política pública e de determinar que os estudos de incorporação sejam iniciados, respeitando-se a decisão final da CONITEC, caso esta entenda por bem não recomendar a incorporação do medicamento, pois o Judiciário não é competente para análises que demandam critérios científicos específicos, mesmo em vista do possível auxílio técnico, já que esta é uma decisão que deve se concentrar no âmbito político e técnico-científico.

Assim, poder-se-ia alegar, que a aplicação da teoria da justiça como equidade de Rawls para a análise da decisão sobre adjudicação de medicamentos de alto custo é inócua, pois, ao cabo, esta é uma decisão que cabe apenas aos órgãos técnicos do executivo.

No entanto, em vista da massiva adjudicação de medicamentos de alto custo não incorporados pelo SUS, verificar a existência ou não de análises de princípios relativos à equidade e, sobretudo, se foram feitas pelo STF análises do prejuízo dessas adjudicações aos menos favorecidos, principalmente, sob a perspectiva do mínimo existencial e da reserva do possível é relevante, pois quando o Judiciário não se atenta para o fato de que atender aos pedidos por tratamentos de saúde ainda não incorporados às listas de medicamentos e tratamentos, em vista da não existência de dotação orçamentária, que somente é realizada de acordo com a efetiva incorporação da tecnologia, retira recursos que garantem o acesso a medicamentos e tratamentos já incorporados aos menos favorecidos, que são pessoas que necessitam do SUS para obter o mais básico tratamento de saúde.

Para o STF o mínimo social é todo e qualquer tratamento de saúde solicitado, desde que registrado na ANVISA e comprovada a necessidade, através de simples laudo médico.

Dessa forma, o STF possui uma visão igualitarista radical e não pensa em termos de equidade (CUNHA FILHO, 2013).

Das 13 decisões analisadas, apenas a STP 101 / ES, derivada de uma ação coletiva, teve suspensa a adjudicação de medicamento, que por ironia, já havia sido incorporado às políticas do SUS um mês antes do seu julgamento.

Apenas uma das decisões analisadas teve como pedido medicamento que não foi incorporado até o momento presente. Trata-se do ARE 1121083 / RJ. Todas as demais decisões tiveram incorporação anterior ou posterior ao julgamento.

O STF adjudicou medicamentos incorporados previamente à data do julgamento em 3 casos (AgRg RE 818.572 / CE, ARE 881471 / AL e ARE 1057975 / BA), no entanto, a incorporação prévia não foi ao menos citada, sendo que se depreende que não houve consulta à CONITEC sobre a incorporação dos medicamentos pedidos.

Porém, a maioria das adjudicações de medicamentos se deu anteriormente à incorporação pela CONITEC, ou seja, em 9 das 13 decisões analisadas, ou em aproximadamente 70% dos casos.

As decisões selecionadas nos últimos cinco anos não vêm inovando em sua interpretação, sendo que algumas posições são absolutas e não apresentam qualquer alteração interpretativa, muito pelo fato de estarem aguardando o julgamento da repercussão geral sobre a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamento de alto custo, conforme RE 566.471/RN, com previsão inicial de julgamento para 13/06/2019, postergada para 23/10/2019, conforme informações do portal do STF (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>).

A única decisão que se diferenciou quanto aos seus fundamentos foi a já citada Suspensão de Tutela Provisória (STP 101/ES), na qual o Presidente do STF, o Ministro Dias Toffoli, em 3 de abril de 2019, deferiu a suspensão da tutela provisória em uma ação civil pública, única decisão contrária ao fornecimento de medicamentos liminarmente.

O pedido de Suspensão de Tutela Provisória (STP 101/ES), com liminar, foi ajuizado pela União, que objetivava suspender os efeitos da tutela provisória mantida pela 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e concedida em sentença pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, nos autos da ação civil pública nº 0007010-81.2013.4.02.5001, para fornecer análogos de insulina de longa duração a pacientes diabéticos de difícil controle.

O Magistrado da ação originária, em primeiro grau, julgou procedente a ação civil pública formulada pelo Ministério Público Federal e deferiu, em sede de tutela antecipada, o acesso aos análogos de insulina a portadores de diabetes mellitus tipo 1 instáveis, mandando o SUS implantar protocolo de incorporação do medicamento e viabilizar o custeio ou distribuição às secretarias estaduais de saúde.

Em sede de apelação no TRF da 2ª Região, obteve-se acórdão no sentido de confirmar a decisão recorrida, inclusive com a manutenção do alcance dos efeitos da decisão a todo território nacional, por se tratar de direito difuso.

A suspensão da tutela provisória, no entanto, parece ser incongruente com critérios de justiça, já que na ação civil pública, de natureza coletiva, a antecipação da tutela é muito mais justa do que a antecipação realizada no âmbito de uma ação individual, pois, abrange todos aqueles que também necessitam do medicamento solicitado, assegurando a equidade do acesso, o que, apesar de ter sido considerado e louvado pelo Ministro Presidente, não foi suficiente para convencê-lo da necessidade da manutenção da antecipação de tutela, ao contrário de outras suspensões em ações individuais que indeferiu.

Em sua fundamentação, o Ministro afirma a potencialidade de impacto deste tipo de ação e a dificuldade de que, uma vez, fornecido determinado direito social, este seja suspenso, e dessa forma, vislumbra que seus impactos são mais perceptíveis e que é mais prudente que seus efeitos se deem após o trânsito em julgado, pois a decisão recorrida adentra o âmbito da política pública.

Entretanto, quase sempre a decisão da ação individual adentra o “cerne da política pública”, mas nisso não se vê um problema, pois o impacto financeiro é desconsiderado, enquanto que na ação coletiva isso vira um problema que deve ser evitado.

Como se acompanhou, a decisão pela suspensão da tutela provisória acaba por aderir a quase todas as teses da defesa, inclusive idênticas àquelas expendidas nas ações individuais, cujo impacto financeiro também é relevante.

Outra questão, que pôde ser notada, é que nas ações individuais o envolvimento do julgador com a vida de pessoa determinada, que muitas vezes é uma criança, com nome informado nos autos, e cuja história de vida muitas vezes passa a ser conhecida, leva o julgamento a um nível de comprometimento pessoal maior do julgador. Nas ações coletivas as pessoas não são individualizadas, o risco iminente de vida não possui um titular claro. Isso

parece interferir no julgamento, sendo que a impessoalidade de uma ação coletiva propicia o distanciamento necessário para o julgador.

No julgamento da Medida Cautelar na Suspensão de segurança ajuizada pelo Estado de Goiás (SS 5192 MC / GO), objetivando suspender os efeitos da medida liminar deferida pelo Relator do Mandado de Segurança no Tribunal de Justiça do Goiás, que determinou o fornecimento à menor AVB do medicamento Spinraza (nusinersena), a medida cautelar de suspensão foi indeferida pela Presidente do STF, a Ministra Cármen Lúcia, em 07 de agosto de 2017.

Em suas fundamentações a Ministra Presidente ignorou os fatos trazidos pelo recorrente, que alegava dentre outras coisas o risco de lesão à ordem, à saúde e a economia públicas, causada pelo custo alarmante do medicamento, cujo tratamento seria de quase R\$ 3.000.0000,00 (três milhões de reais) por semestre, o que representaria prejuízos ao atendimento de um enorme contingente de pessoas que necessitam dos serviços do SUS, com prejuízo de todas as políticas públicas gestadas para o atendimento de milhares de pessoas, sendo que somente o tratamento da impetrante equivaleria a 17% do orçamento anual destinado ao SAMU que atende a todo o Estado, e mais de 30% de tudo o que é gasto com as Unidades de Pronto Atendimento em um ano e que atendem milhões de pessoas.

A Ministra Cármen Lúcia não fundamentou a ausência de lesão à ordem e à economia públicas, utilizando mera afirmação de sua ausência. Ao que parece, quando a questão envolve a vida humana individualizada, o STF não faz nenhum esforço no sentido de analisar efeitos deletérios que não sejam relativos ao dano inverso (risco de morte ou agravo). Em momento algum a decisão, sequer, analisa o impacto à saúde pública de Goiás devido ao deferimento da medida, conforme alegado pela Fazenda Pública. O orçamento público e seu atendimento aos menos favorecidos, também não é, sequer, mencionado. O absolutismo do direito à vida é constante nos julgamentos de pedidos de medicamento, porém, parece que o Supremo desconsidera as outras tantas vidas que são postas em risco devido à sua atitude míope em relação às implicações globais. Tudo se resume a uma justiça casuística, ou seja, a partir do momento em que se passa a conhecer o nome do paciente que necessita da droga, alternativas não existem à manutenção, a qualquer custo, daquela vida, que foi particularizada, ainda que a adjudicação do tratamento não seja garantia de sobrevivência. O drama invisível dos menos favorecidos não é levado a sério. A retirada de recursos, já escassos, que poderiam atender a milhares de pessoas cuja única possibilidade de atendimento é pelo sistema público de saúde, é uma forma de injustiça que não é, sequer, abordada.

O medicamento solicitado, denominado Spinraza (nusinersena) para tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME 5q) foi recentemente incorporado aos protocolos do SUS, em março de 2019. Seu elevadíssimo custo não foi impeditivo para a adoção dessa política pública, pois ficou demonstrada, de acordo com critérios científicos, que a droga traz efeitos concretos na melhoria da qualidade de vida dos pacientes.

Apesar do alto impacto financeiro trazido pela incorporação do medicamento, os critérios técnico-científicos utilizados são superiores àqueles utilizados na distribuição do medicamento pelo Poder Judiciário, que é incapaz de realizar um estudo minimamente científico. Isso, a despeito da possibilidade de utilização de auxiliares técnicos, o que não é usual nas decisões sobre distribuição de medicamentos, sendo que os parâmetros gravitam em torno do direito e da ética da preservação da vida e da saúde, e raramente se faz uma análise da justiça da distribuição dos remédios de alto custo levando em conta a situação dos menos favorecidos.

Depreende-se que as decisões do STF analisadas se distanciam da justiça como equidade proposta por Rawls, pois, em vista da escassez de recursos, não se privilegia o mínimo social e adjudica-se tratamentos cujo o custo elevado é capaz de prejudicar os menos favorecidos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ACCA, Thiago dos S.. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-03052010-105409. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-105409/en.php>> Acesso em: 10 jul. 2019.

AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação. In: SANTOS, L. (Coord.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAHIA, Saulo J. C.; BARBOSA, Diogo. Conciliando o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 2, n. 2, p. 1–20, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, v. 1, n. 1, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Coords.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101–132.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTOS, Romeu. C. R.; ROCHA, Maria Elizabeth. G. T. A ética jurídica de John Rawls e o Princípio do Maximin: Uma reflexão sobre o Estado Constitucional moderno e a teoria da decisão. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 5, n. 54, 2003.

BEVIR, Mark.; GALISANKA, Andrius. John Rawls in historical context. **History of political thought**, v. 33, n. 4, p. 701–725, 2012.

BOTAZZO, Carlos. Democracia, participação popular e programas comunitários. In: FLEURY, S.; AMARANTE, P.; BAHIA, L. (Coords.). **Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária**. Rio de Janeiro: Cebes, 2008.

BRANDO, Marcelo S. A crítica da vertente econômica à teoria da justiça de John Rawls. **Direito Público**, v. 7, n. 31, 2010.

BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE; et al. **Portaria Conjunta nº 8, de 15 de março de 2018**. 2018.

BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entendendo o SUS**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas**. Brasília: Ministério da Saúde, v. 3, 2014.

BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE; et al. **Nusinersena para Atrofia Muscular Espinhal 5q**. Brasília: Ministério da Saúde, 2019.

BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE; et al. Insulinas análogas de ação prolongada para o tratamento de diabetes mellitus tipo I: Relatório de recomendação. p. 66, 2018.

BRITO-SILVA, K.; BEZERRA, A. F. B.; TANAKA, O. Y. Direito à saúde e integralidade: Uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. **Interface: Communication, Health, Education**, v. 16, n. 40, p. 249–259, 2012.

BRITO FILHO, J. C. M. DE; FERREIRA, V. R. Direito Fundamental à Saúde e Tutela Individual: Lendo esse Direito Constitucional à Luz do Liberalismo Igualitário. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 2, p. 274–290, 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARNEIRO, W. A. Escassez, eficácia e direitos sociais: em busca de novos paradigmas. **Revista do programa da pós-graduação em direito da UFBA**, n. 11 dez./jan., p. 371–388, 2004.

CARVALHO, G. I.; SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde**. 4. ed. Campinas: Unicamp, 2006.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo judiciário?**. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-02102012-162450. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-162450/en.php>> Acesso em: 10 jul.2019.

CECÍLIO, L. C. O. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção em saúde. In: **Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde**. Rio de Janeiro: UERJ-IMS-Abrasco, 2001. p. 113–126.

CHUEIRI, V. K. DE; SAMPAIO, J. M. DE A. How to take the Supremo Tribunal Federal (Brazilian Federal Supreme Court) seriously: on the suspension of advance claim rights' concession n. 91. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, p. 45–66, 2009.

CIARLINI, Á. L. DE A. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição**: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. Tese (Doutorado) Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/1069>> Acesso em: 10 jul.2019.

COHN, A. O SUS e o direito à saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde. In: LIMA, N. T. (Ed.). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

CONILL, E. . Avaliação da integralidade: conferindo sentido para os pactos na programação de metas dos sistemas municipais de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 20, n. 5, p. 1417–23, 2004.

CORREIA, M. O. G. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. B. (Coords.). **Direito previdenciário e Constituição**: homenagem a Wladimir Novaes Martinez. São Paulo: LTR, 2004.

COSTA, J. R. O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais. In: TEIXEIRA, S. DE F. (Ed.). **Mandados de segurança e de injunção**: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUNHA FILHO, C. Qual é a justiça da justiça brasileira? Uma análise das decisões do supremo tribunal federal em matéria de direito à saúde à luz das teorias políticas de R. Nozick, J. Rawls e R. Dworkin. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, 2013.

DALLARI, S. G. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DAOU, H. S.; FILHO, J. C. M. DE B. Repesando o direito à saúde e a responsabilidade do Estado à luz da teoria de justiça de John Rawls. **Revista de Teorias da Justiça**, v. 3, n. 1, p. 22–38, 2017.

DOURADO, Pablo. Z. Possível contribuição de uma teoria da justiça de Rawls para edição de decisões judiciais coerentes—análise de precedentes do STF acerca das inelegibilidades da Constituição Federal de 1988 (art. 14, §§ 5º e 7º). **Universitas Jus**, v. 24, n. 1, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FELDENS, G. D. O. Equilíbrio reflexivo: fusão entre interesse individual e comunitário na teoria da justiça como equidade. **Theoria - Revista Eletrônica de Filosofia Faculdade Católica de Pouso Alegre**, v. 04, n. 10, p. 70–80, 2012.

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

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

KUKATHAS, C.; PETTIT, P. **Rawls: “Uma teoria da justiça” e os seus críticos**. Tradução de Maria Carvalho. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

LEAL, R. G. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 1, p. 50–69, 2008.

LIMA, F. R. de S. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. Lisboa: Juruá, 2016.

LIMA FILHO, F. DAS C. Garantia constitucional dos direitos sociais e a sua concretização jurisdicional. **Revista do TRT da 24ª Região**, n. 11, p. 19–54, 2006.

LIMA, M. M. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA, C. P. DE (Ed.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LIMA, R. S. DE F. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Coords.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 237–253.

LOPES, J. R. DE L. Os tribunais e os direitos sociais no Brasil (saúde e educação): um estudo de caso revisitado. In: LOPES, J. R. DE L. (Ed.). **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, J. R. DE L. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 155–174.

LUCCA-SILVEIRA, Marcos Paulo de. **Justiça distributiva e saúde: uma abordagem igualitária**. 2017. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, University of São Paulo, São Paulo, 2017. doi:10.11606/T.8.2017.tde-19122017-192826. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-19122017-192826/en.php>> Acesso em: 10 jul. 2019.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Bauru: EDUSC, 2001.

MALLET, E. Aplicabilidade das normas constitucionais relativas a direitos sociais. **Revista Ltr: legislação do trabalho e previdência social**, n. 7 jul., p. 1186–1190, 1991.

MARCANTONIO, J. H. **Justiça, moral e linguagem em Rawls e Habermas-Configurações da filosofia do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, U. L. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

MATTOS, R.A. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser definidos. in: PINHEIRO, R.; MATTOS, R.A. (Coords.). **Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde**. Rio de Janeiro: UERJ-IMS-Abrasco, 2001. p.39-64.

MELLO, C. A. B. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, v. 14, n. 57/58 jan./jun., p. 233–256, 1981.

MENDES, E. V. O processo social na distritalização da saúde. In: MENDES, E. V. (Ed.). **O**

processo social de mudança nas práticas sanitárias do sistema único de saúde. Sao Paulo: Hucitec/Abrasco, 1993.

NASCIMENTO, P. R. DO; ZIONI, F. O Sistema Único de Saúde como observatório de direitos universais: uma reflexão a partir das Ciências Sociais. **Interface: Comunicação, Saúde, Educação**, v. 14, n. 32 jan./mar., p. 199–205, 2010.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

NUNES JÚNIOR, V. S. **A cidadania social na Constituição de 1988:** estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OHLWEILER, L. P. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Coords.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PASSOS, D. V. S.; LEITE, M. O. T. Direito fundamental a prestações de saúde: acesso universal e igualitário e a escassez de recursos. **Revista Justiça do Direito**, v. 26, n. 1, p. 81–98, 2012.

PEREZ LUÑO, A. E. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 2007.

PINHEIRO, R. Integrality in the population’s health care programs. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 12, n. 2, p. 344, 2007.

POSNER, R. A. **A economia da justiça.** Tradução de Evandro Ferreira e Silva; Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PRATA, L. A. Um Novo Locus de Formação das Políticas Públicas de Saúde: o Diagnóstico da Saúde pela Política Judiciária do Conselho Nacional de Justiça. In: SMANIO, G. P.; BERTOLIN, P. T. M. (Coords.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013.

RAWLS, J. **Justiça como equidade:** uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RODRIGUES, Márcia. S. **Análise das decisões da presidência do STF sobre o direito fundamental à saúde.** 2014. Tese (Doutorado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3410?show=full>> Acesso em: 10 jul.2019

ROHLING, M. Dworkin e a Interpretação de Rawls como Filósofo do Direito. **Lex Humana**, v. 4, n. 2, p. 102–124, 2012.

SALAMA, B. M. **Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/> Acesso em: 10 jul.2019.

SALAMA, B. M. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. LIMA, Maria Lúcia Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SANTOS, L. Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. In: **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

SARAIVA, P. L. **Garantia constitucional dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, I. W. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, v. 25, n. 56, p. 41–62, 2002.

SARLET, I. W. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, M. A. DE B.; SILVA, R. A. D. DA (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, p. 171–213, 2007.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 125–172, 2008.

SARMENTO, D. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCAFF, F. F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 133–154.

SILVA, J. A. DA. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, J. A. DA. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SLAIBI, M. C. B. G. Direito fundamental à saúde: tutela de urgência. **Revista forense**, v. 373, n. mai./jun., p. 421–434, 2004.

SPITZCOVSKY, C. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, n. nov./dez., p. 64–71, 2006.

STRECK, L. L. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169–214.

TAYLOR, Charles. **Hegel e a sociedade moderna**. São Paulo: Loyola, 2005.

TORRES, R. L. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, R. L. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1–46.

TORRES, R. L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63–78.

VIDAL, R. C. A. Direito fundamental à saúde: uma questão de consciência política. In: CASTRO, D. S. L. (Coord.). **Direito público**. 2^a coletânea de artigos. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria, 2004.

VITA, Álvaro de. Apresentação da edição brasileira. In: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

WALDRON, J. John Rawls and the social minimum. **Journal of Applied Philosophy**, v. 3, n. 1, p. 21–33, 1986.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custo dos direitos, ea reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Coords.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEBER, T. A ideia de um mínimo existencial de J. Rawls. **Kriterion: Revista de Filosofia**, v. 54, n. 127, p. 197–210, jun. 2013.

WEICHERT, M. A. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In: SANTOS, L.; SOUZA, A. (Coords.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

ZAGREBELSKI, G. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.