



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Pedro Vinícius Cortez Nobre

**MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: O DIREITO À
SAÚDE EM SEU PONTO DE MAIOR TENSÃO**

Brasília

2015

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Pedro Vinícius Cortez Nobre

**MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: O DIREITO À
SAÚDE EM SEU PONTO DE MAIOR TENSÃO**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Universidade
de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Dr. Paulo Blair

Brasília

2015

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

Nome: CORTEZ NOBRE, Pedro Vinícius.

Título: Medicamentos de Alto Custo: O Direito à Saúde em seu ponto de maior tensão.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 19.11.2015

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Paulo Blair (Orientador)

Professor Menelick de Carvalho Neto

Professor Wilson Roberto Theodoro Filho

Professor Guilherme Scotti Rodrigues

“Un juge habitué est un juge mort pour la justice.”

(Péguy)

“Wer Menschheit sagt, will betrügen.”

(Schmitt, Der Begriff des Politischen)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. A Saúde Pública e os Medicamentos de Alto Custo

1.1 Nas Leis

1.2 No Judiciário

2. Considerações Teóricas

2.1 Direitos Fundamentais Sociais

2.2 O Problema da Escassez

2.3 Aportes da Teoria e da Sociologia da Constituição

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

“Dieu se rit des hommes qui déplorent les effets dont ils chérissent les causes.”

(Bossuet)

De certo modo, o cenário atual da judicialização da saúde era uma catástrofe anunciada.

Quando a Constituição Federal de 1988 foi redigida, fazia pouco tempo desde que o debate entre sanitaristas e privatistas se decidira na VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986. A nova Constituição elevou o direito à saúde ao patamar constitucional numa redação firme: *“a saúde é direito de todos e dever do Estado”*, e o Sistema Único de Saúde, nascido naquele momento, foi pautado pelos princípios da integralidade, da universalidade e da igualdade: seriam oferecidos procedimentos de todos os níveis de complexidade, para todos os brasileiros, sem nenhuma discriminação.

Inédito na nossa experiência institucional, o Sistema Único de Saúde também passou a executar programas de proporções dificilmente comparáveis mundo afora. A vitória dos sanitaristas significou que, de 88 em diante, a saúde pública não seria protegida por um amálgama de iniciativas caridosas e Santas Casas, mas se tornaria política de Estado. Desde a República Velha, a máquina pública só entrava em ação para o controle de endemias e medidas sanitárias excepcionais, ou bem timidamente, por via oblíqua, tocando iniciativas como os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) da Era Vargas. A Constituição Federal de 88 anunciou uma nova realidade.

Contudo, a extensão dos artigos 196 e 198 do novo documento não tardou a trazer problemas. O princípio da integralidade ditava que o Sistema Único de Saúde ofertaria toda complexidade de procedimentos: o objetivo era impedir que a atenção à saúde no Brasil se tornasse uma distribuição de curativos baratos, para que assim os

brasileiros pudessem obter do Estado desde a vacinas simples até procedimentos preventivos com aparelhos sofisticados. A porta foi aberta, nessa oportunidade, para o problema dos medicamentos de alto custo.

A judicialização da saúde é um fenômeno em andamento. Por muito tempo ainda vamos analisá-lo e discuti-lo, mas não se pode dizer que ele é recente. Em 2008, nas audiências públicas organizadas para preparar o Supremo Tribunal Federal antes do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, deixou-se claro alguns estados já sofriam significativamente o peso das decisões judiciais: para ilustrar, em 2008, quase um quinto do orçamento de assistência farmacêutica do Rio Grande do Sul já era administrado pelo Judiciário¹, havendo indícios de que as demandas se tornariam cada vez mais freqüentes, e por medicamentos que, em 46,84% dos casos, não tinham registro no ANVISA.

O mesmo padrão pode ser observado no país inteiro. Como indica a tabela abaixo, atualizada a 10.02.14, houve um crescimento de 650% no gastos do orçamento da Saúde com medicamentos entre 2003 e 2014. O aumento das despesas é pelo menos em parte atribuível à concomitante progressão do número de ações buscando medicamentos de alto custo. Enquanto as despesas de saúde em geral têm avançado numa curva crescente desde a década de 80, a curva se tornou mais pronunciada entre 2003 e 2004, momento em que o gasto com os chamados Medicamentos Excepcionais se destacou do que se gasta com Medicamentos Básicos e Estratégicos e passou a ocupar, já em 2009, mais de R\$2.5 bilhões do orçamento público.

Os medicamentos de alto custo são questão controvertida no sistema de saúde brasileiro. Frequentemente protegidos por patentes caríssimas, também por vezes têm carácter experimental, e, se são aprovados pela Food and Drug Administration (F.D.A., EUA) ou pela European Medicines Agency (E.M.A), demoram anos na fila para registro

1 “[A]tualmente, no Rio Grande do Sul, 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde são gastos com política de assistência farmacêutica, sendo que 87.966 pacientes são atendidos pela via administrativa, e 20.497 pacientes, pela via judicial. Portanto, afere-se que hoje 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do estado estão sendo administrados pelo Judiciário. No ano de 2008, houve, no Rio Grande do Sul, um acréscimo de 40% no valor destinado à aquisição de medicamentos na via administrativa. Todavia, na prática, verifica-se que o esforço empregado pelo Estado não diminuiu o número de ações judiciais, pois, no ano de 2008, houve um aumento de 16% em relação ao ano de 2007.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n.o 04, 2009, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>.

na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), muitas vezes sem sucesso. Embora a compra de vários desses medicamentos implique cifras astronômicas² e afete desproporcionalmente o orçamento público³, as ações judiciais no campo da saúde pedem sobretudo medicamentos⁴.



As perspectivas não alentam. Estima-se que entre 13 e 15 milhões de pessoas sofram de doenças raras no Brasil⁵. Portanto, a demanda por Medicamentos Excepcionais ainda está represada, quer seja pela falta de acesso ao Judiciário, quer seja porque o público em geral ignora os recentes enunciados jurisprudenciais. Não obstante, os tribunais brasileiros têm palmilhado o caminho do que, como veremos adiante,

² Por exemplo, o Soliris, o Elaprase, o Naglazyme, o Aldurazyme, o Myozyme e o Fabrazyme são medicamentos rotineiramente fornecidos por via judicial e figuram na lista da Revista Forbes dos dez medicamentos mais caros do mundo, <<www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases>> Acesso em: 31.03.15.

³ O acima citado medicamento Soliris tem estimado custo de US\$ 375,000 por pessoa, por ano. A título de comparação, segundo um trabalho publicado pela Anvisa (www.anvisa.gov.br/servicos/audes/manuais/custos.pdf) e outros trabalhos análogos de diversas faculdades de arquitetura, podemos concluir que o valor estimado é de 14 milhões de reais para a construção de um hospital com capacidade para atender milhares de pessoas.

⁴ VENTURA, Miriam, SIMAS, Luciana, EDAIS PEPE, Vera Lúcia, SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e à efetividade do direito à saúde**. Physis, Rio de Janeiro, 2010.

⁵ Acerca dessa afirmação, “Doenças raras afetam mais de 13 milhões de pessoas no Brasil”, <<agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2015-03/doencas-raras-afetam-mais-de-13-milhoes-de-pessoas-no-brasil>>. Acesso em: 31.03.15.

CIARLINI chama “substancialismo”⁶, isto é, uma espécie de tirania do direito à saúde. Como exemplo, temos trecho do paradigmático voto proferido no Supremo Tribunal Federal, em 2000, pelo Ministro Celso de Mello:

“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.”⁷

Nesse fragmento, sucessivamente citado no desenvolvimento jurisprudencial do Supremo que culminou em 2009, na Suspensão da Tutela Antecipada encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, é possível visualizar dois fenômenos: primeiro, o disfarce das questões da escassez e das decisões alocativas sob o manto de um “interesse secundário” do Estado; em segundo lugar, o substancialismo do direito à saúde, que leva a uma única decisão possível, uma resposta que tranqüilize o julgador em sua difícil escolha de Sofia.

A judicialização da saúde é um fenômeno mundial. Acontece na França, na Alemanha e em qualquer país que conte ao mesmo tempo com um sistema público de saúde e com um poder judiciário. O Brasil se destaca, porém. Nenhum outro país exhibe um contraste tão grande entre aquilo que é prometido e aquilo que é executado; nós temos uma legislação muito ambiciosa, que fica de ombro a ombro com a legislação do mundo rico, mas nos faltam modelos de gestão e de financiamento que eliminem as graves deficiências na assistência básica à saúde. À margem desse cenário caótico, o Poder Judiciário busca algum conforto ordenando a aquisição não-programada de medicamentos e a execução de serviços de saúde. Embora se discuta que alguma medida de judicialização é necessária e até benigna, no caso dos medicamentos de alto custo, o Judiciário desvia recursos escassos, em proporções altíssimas.

⁶ Ciarlini, op. cit., “[E]m nome da concretização da justiça social e seus correlatos direitos de igualdade, o Estado potencializou as condições de afirmação arbitrária do poder público, ao afirmar tais igualdades mediante o notório cerceamento das liberdades. ... [V]emos, hoje, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o direito à saúde como algo dotado de um grau de fundamentalidade que o colocaria acima de qualquer outra regra ou princípio constitucional.” (pps. 11-12)

⁷ RE 271.286 AgR-RS. Neste trabalho, as figuras do direito à vida e do direito à saúde estarão intimamente ligadas. Os mencionados Elapraxe, Naglazyme e Aldurazyme, por exemplo, ainda que não promovam a cura das doenças que afligem quem os toma, amenizam os sintomas, e, em alguns casos, impedem a morte por alguns anos.

O médico que recebe uma formação humanística sabe que o seu problema está no consultório e é apenas o doente entregue aos seus cuidados, enquanto o paciente que espera nas filas e que morre sem assistência médica é problema do gestor de saúde e dos políticos, que devem construir melhores práticas e políticas públicas. O magistrado deseja a mesma espécie de isolamento e autonomia, quer que a vida do autor do processo sobre a sua mesa seja sua única preocupação, para que assim possa se desvencilhar do drama da saúde pública brasileira. Mas o médico conta com o seu código de ética, e sabe que o princípio da justiça que governa a sua prática profissional por vezes o levará a priorizar os mais jovens em detrimento dos mais velhos, e aqueles que têm mais chances de sobrevida em face daqueles que têm menos: é uma medida da eficácia da sua atividade⁸. Já ao magistrado faltam razões por que se preocupar com o que exorbita os limites do processo: e assim ele se apega àquilo que tornará sua escolha de Sofia um pouco mais simples, ignorando as conseqüências.

Este trabalho se dedica à idéia de que, diante do dilema posto acima, ninguém, legislador ou juiz, tem direito a paz de espírito.

⁸ Não sugiro, aqui, uma aproximação do debate sobre a distanásia e ortotanásia. Quem sofre de uma doença rara que seja amenizada pelo Naglazyme, Aldurazyme, Myozyme ou Fabrazyme leva uma vida normal no limite da sua doença. Não se fale de recursos gastos excessivamente com pacientes irrecuperáveis ou em estado terminal. No dilema da judicialização da saúde, o jurista se depara com o conflito não entre o autor e a sua própria capacidade de sobrevida, mas entre a sobrevida do autor e a dos cidadãos que não judicializaram sua demanda por saúde, especialmente quando se trata do mesmo tipo de demanda por saúde.

1. A Saúde Pública

1.1 Nas Leis

Milhões de brasileiros são orientados por médicos a buscar no Sistema Único de Saúde medicamentos para as suas doenças. Dada a liberdade profissional da medicina, os médicos naturalmente não podem levar em conta nenhuma consideração senão o interesse do paciente.⁹ Já que os tratamentos recomendados podem ser muito variados, após a Constituição Federal de 88 foram elaboradas leis que regulam a oferta de saúde pública no Brasil. Dentre elas, duas se destacam para o escopo deste trabalho, as leis lei 8.080/1990 (Regulamentada pelo Decreto 7.508/2011) e a lei 12.401/2011.

A lei 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, é a principal legislação do Sistema Único de Saúde. Trouxe interessantes disposições que não encontraram guarida na prática jurídica, como a do seu artigo 2º, que definiu o dever do Estado de garantir a saúde como direito objetivo a políticas públicas¹⁰ — adotando visão hoje minoritária, pois, como será tratado adiante, predomina no Brasil o entendimento de que o direito à saúde na Constituição Federal é multifacetado, objetivo e subjetivo, podendo ser reivindicado individualmente em cortes de justiça enquanto direito prestacional.

Por outro lado, o diploma expandiu o enunciado da Constituição ao confirmar o acesso à saúde “sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”, e, quando foi reformado pela lei n. 12.401, em 2011, adquiriu dispositivos para acompanhar a evolução tecnológica, ao mesmo tempo em que proibiu o fornecimento de

⁹ Da Resolução cfm nº 1246-88, o “Código de Ética Médica”:

Art. 8º - O médico não pode, em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar que quaisquer restrições ou imposições possam prejudicar a eficácia e correção de seu trabalho.

Art. 16 - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou instituição pública ou privada poderá limitar a escolha, por parte do médico, dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

¹⁰ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

medicamentos sem registro na ANVISA¹¹. Foi introduzida a idéia de “fluxos”, esquemas que previssesem as fases de evolução de diferentes doenças e, dentre as diferentes alternativas, o tratamento mais adequado para cada fase. É quase desnecessário mencionar que os tribunais pátrios ignoram essa prática administrativa.¹²

Também merece destaque o Decreto 7.508/2011. Embora desde a década de 70 o Brasil já contasse com a primeira Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), elaborada segundo princípios da OMS em 73 para determinar que alguns medicamentos deveriam ser priorizados, o Decreto regulamentou requisitos cumulativos¹³ para o acesso à saúde. Para fins do nosso estudo, o medicamento, para ser obtido pelo cidadão, deveria estar na lista do RENAME (Os entes federativos podem aumentar a oferta de medicamentos desde que movidos por “questões de saúde pública”), ter sido prescrito por profissional da saúde do Sistema Único de Saúde, e possuir registro na ANVISA. Essa lista é expandida periodicamente, entre outros modos, pela incorporação de insumos quando a Comissão Nacional de Incorporação de

¹¹ Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

¹² DINIZ D, MEDEIROS M, SCHWARTZ. Op. cit. Pps. 479-489.

¹³ Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS. § 1o Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem. § 2o O Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado.

Art. 29. A RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

Tecnologias no SUS (CONITEC, criada em 2006 pelas portarias nº 152 e nº 3.323 do Ministério da Saúde) os recomenda.¹⁴

Pode-se ver que, enquanto a lei 8.080 seguia o entusiasmo da Constituição Federal de 88, a Lei 12.401 e o Decreto 7.508/2011, elaborado mais tarde, trouxeram barreiras que impediriam o fornecimento de vários medicamentos de alto custo. Em 2011, data da sua edição, já se verificara uma permeabilidade para ações judiciais na década de 90, quando os solicitantes buscavam em juízo remédios para o vírus da imunodeficiência humana (HIV), e o gasto com medicamentos excepcionais crescia há uma década completa. É claro que não podemos ver essa legislação à revelia da Constituição Federal, contudo é fácil notá-la como um esforço para preservar a capacidade do Estado brasileiro de administrar compras.

Num mercado de pouca concorrência, no qual os custos podem se manter altos (Ou subir ainda mais, com o tempo, levando-se em conta a Lei de Eroom¹⁵ e seus reflexos), o Estado precisa usar a seu favor os números dos milhares de cidadãos que necessitam de remédios. Para tanto, usa do chamado *poder de monopólio*, e, por meio de aquisições planejadas, obtém preços mais baixos, que consumidores individuais não conseguiriam obter. O controle de preços pelo Estado é essencial na realidade brasileira pois há uma discrepância de preço muito grande não só entre medicamentos de alto e baixo custo, mas até mesmo nos custos de um mesmo tratamento¹⁶.

¹⁴ A título de exemplo, a CONITEC incorpora tecnologias para tratamentos enzimáticos, que têm proeminência dentre os medicamentos de alto custo: <<<http://conitec.gov.br/index.php/tecnologias-em-avaliacao#E>>>, acessado em 01.08.15.

¹⁵ Acerca da “Lei de Eroom”, antítese da Lei de Moore (O ritmo de aprovação de novos medicamentos tem seguido padrão oposto à lei de Moore, isto é, soluções médicas demoram cada vez mais para chegar ao mercado, com conseqüente reflexo nos custos, que crescem exponencialmente), ver: Scannell J., Blanckley A., Boldon H., Warrington B.. Diagnosing the decline in pharmaceutical R&D efficiency. Nature Reviews Drug Discovery, Março de 2012. Disponível em <<<http://www.nature.com/nrd/journal/v11/n3/full/nrd3681.html>>>, acessado em 02.07.15.

¹⁶ DINIZ, MEDEIROS, SCHWARTZ, op. cit. “A elevada concentração dos gastos com a aquisição determinada judicialmente de medicamentos de alto custo para o tratamento das MPS sugere que os problemas distributivos dentro do SUS não se referem apenas à diferenciação entre os medicamentos de alto custo e os demais. Referem-se, também, a diferenciações de custos muito grandes dentro de um mesmo tratamento.” (pp. 486)

O poder de monopólio protege as contas públicas quando o Estado “compra em lotes”, adquirindo centenas ou milhares de unidades de um mesmo medicamento em função da necessidade antecipada para políticas públicas. Porém, quando um cidadão vai a juízo individualmente e obtém ordem que obriga o Ministério da Saúde a importar uma só caixa de Soliris ou Elaprase, o poder de monopólio do Estado desaparece e as contas públicas se sujeitam a um cenário de “preços instáveis, muito superiores aos mínimos possíveis e sem qualquer redução expressiva à proporção que aumentam as quantidades negociadas.”¹⁷

Esse cenário é diametralmente oposto àquele que a reformada lei 8.080/90 e a lei n. 12.401/11 pretendiam criar. Só foi possível por conta da atividade judiciária.

A judicialização torna difícil o controle de preços na compra de medicamentos, e assim cria um problema de gestão; além disso, como vimos, vários dos medicamentos de alto custo — órfãos ou excepcionais¹⁸ — não se sujeitam à redução de preço comum em produções de escala, pois seu mercado é muito reduzido, monopolizado, e protegido por patentes. Tais dificuldades são razões por que mesmo países que contam com sistemas de saúde pública gratuita, como o Reino Unido, não fornecem vários dos medicamentos como o Soliris e o Naglazyme.¹⁹

¹⁷ Idem.

¹⁸ Segundo a portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998, “medicamentos de dispensação em caráter excepcional” são “medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos.” Noutro sentido, segundo a Resolução n. 357 do Conselho Federal de Farmácia, de 20.04.01 “Medicamentos Órfãos” são “medicamentos utilizados em doenças raras, cuja dispensação atende a casos específicos”.

“Medicamento órfão” não é um termo de uso exclusivo no Brasil. Fora daqui, é entendido como um fármaco que é tão raramente empregado que acaba sendo pouco lucrativo e clamando por estímulo governamental para o seu desenvolvimento e pesquisa. No Brasil, o termo se refere a medicamentos caros para doenças raras, embora só alguns medicamentos órfãos estejam previstos no componente de medicamentos de dispensação excepcional (CMDE). Assim, o universo dos medicamentos excepcionais é diferente do universo dos medicamentos órfãos, mas há intersecção, e nessa intersecção se situam alguns dos medicamentos de alto custo que são concedidos pela justiça brasileira.

¹⁹ Ultra orphan drugs for lysosomal storage disorders. 2009. Obtido em <<http://www.specialisedservices.nhs.uk/library/22/A_Guideline_Comparison_and_Survey_of_International_Current_Practice_in_Ultra_Orphan_Drugs_for_Lysosomal_Storage_Disorders.pdf>>

Por outro lado, se os preços dos remédios não diminuem e o Estado tampouco os aprova, por meio da ANVISA, ou os inclui em suas listas de fornecimento, o aumento da judicialização não deveria surpreender.

1.2. No Judiciário

As ferramentas à disposição do magistrado para lidar com questão de tamanha complexidade, num tempo quase sempre exíguo, na apreciação de um pedido antecipatório sem oitiva da parte contrária, por exemplo, são limitadas.

Há iniciativas que ainda estão em gestação. O Projeto de Lei 8.058/2014, proposto pelo Deputado Paulo Teixeira e escrito com auxílio dos professores Ada Grinover e Kazuo Watanabe, se aprovado, instaurará como princípios do controle judiciário, além da proporcionalidade e da razoabilidade, também a justiça social, o atendimento ao bem comum, e o equilíbrio orçamentário. O PL também operaria uma abertura cognitiva da judicialização da saúde, favorecendo a tomada conjunta de decisões junto à sociedade, limitando os provimentos antecipatórios aos casos em que “o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada”.

Por ora, não contamos com um diploma assim. Alguns dos dispositivos do PL reverberam, porém, na Recomendação de n. 31/2010 do CNJ:

- a) Os Tribunais devem celebrar convênios com entidades para que os Juízes possam ter acesso a técnicos (médicos e farmacêuticos) que lhes possam auxiliar na apreciação de questões clínicas relativas à saúde. Essa recomendação estabeleceu um prazo até o final de dezembro de 2010 para que os convênios fossem celebrados, não indicadas, porém, as consequências pela inobservância da recomendação no prazo que foi estabelecido.
- b) Os juízes devem instruir os processos que lhes chegam tanto quanto possível com relatórios médicos contendo a descrição da doença, inclusive com a aposição da Classificação Internacional de Doenças (CID), prescrição de medicamentos, suas denominações genéricas ou seus princípios ativos, as necessidades de próteses e insumos gerais com posologias exatas.
- c) Devem os magistrados ouvir os gestores do Sistema Unificado de Saúde (SUS) antes da aplicação de medidas de urgência, devendo as comunicações ocorrer preferencialmente por meio eletrônico para maior celeridade.
- d) Os magistrados devem verificar junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP) se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios farmacêuticos devendo, nesses casos, determinar que a continuação dos tratamentos deve correr por conta destes.
- e) Determinar a inscrição dos requerentes quando for possível a cobertura em programas cobertos por políticas públicas;
- f) Os Tribunais devem incluir a legislação relativa ao direito sanitário como matéria no programa dos cursos da carreira da magistratura, conforme a Resolução no 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL, 2009).

g) Os Tribunais devem promover visitas dos magistrados, para fins de conhecimentos técnicos, aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas com o SUS, a dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como a Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON)”.

Embora salutares, essas recomendações não resolvem o problema. Em primeiro lugar, porque não passam disso, *recomendações*, podem ser ignoradas sem maiores conseqüências, e nenhum magistrado será obrigado a “ouvir os gestores do Sistema Unificado de Saúde (SUS) antes da aplicação de medidas de urgência”, já que isso comprometeria sua liberdade de julgador.

Juízes com uma melhor formação em direito sanitário certamente apreciariam melhor as restrições da legislação pertinente e o impacto de suas decisões alocativas têm sobre o Sistema Único de Saúde, e técnicos à disposição dos tribunais também poderiam expôr com mais clareza os fluxos de doenças, informando a existência de tratamentos alternativos. Igualmente útil seria determinar que todo pedido judicial seja precedido por um pedido administrativo²⁰ limitado ao princípio ativo do medicamento, sem menção à marca, pois assim o Magistrado já receberia o pedido antecipatório com um maior número de provas, e não ficaria preso a deferir este ou aquele medicamento protegido por uma patente milionária.

Essas soluções de cunho processual são louváveis, mas não afastam o crônico excesso de demanda por saúde em sistemas públicos, nem alteram o fato de que, em média, decisões judiciais destinam quatro vezes mais recursos por requerente do que programas governamentais.²¹ Fala-se, também, de negociação e mediação, de estabelecer Centros Judiciários de Mediação de Conflito que permitam a

²⁰ A idéia é da Procuradora do Estado de São Paulo Juliana Yumi Yoshinaga, in “*Judicialização do Direito à Saúde: a Experiência do estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade*”, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Bahia, 2011. Disponível em <<<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>>> (Acessado em 21.08.15)

²¹ O representante da Secretaria de Saúde do estado de São Paulo, Paulo Marcelo Gehm Hoff “comparou os números do programa realizado em São Paulo com os gastos gerados por determinações judiciais no estado. Segundo ele, em 2008, o programa gastou R\$ 1,125 bilhão para atender 450 mil pessoas, enquanto o dispêndio com determinações judiciais foi de R\$ 350 milhões para atender 33 mil pessoas. Isso significa que o custo médio no programa por paciente gira em torno de R\$ 2.500,00 por ano, enquanto o gasto gerado por decisões judiciais é de R\$ 10.600,00 por paciente/ano.” — <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107454>

autocomposição em disputas de saúde: mas que família vai negociar a morte do próprio filho? Que mãe vai aceitar que a criança passe mais uma semana sequer sendo torturada pelo próprio corpo?

Criemos um cenário hipotético. Nesse cenário hipotético, todos os entraves processuais foram removidos. O juiz tem uma formação sólida em direito sanitário, e o processo que chega à sua mesa está bem instruído: nele se pede não uma marca de remédio, mas um princípio ativo. O autor da ação é levado a uma sala de perícias construída justamente para casos como o dele²², onde é examinado por especialistas em doenças raras que dominam o campo da hematologia, por exemplo. Esses peritos identificam que o Autor padece de hemoglobinúria paroxística noturna e que o único princípio ativo com alguma eficácia comprovada contra a doença é aquele apontado na inicial: o Eculizumabe. Os especialistas informam ao juiz que o Soliris é de fato o único medicamento que veicula o Eculizumabe, e que, embora não promova a cura do autor da ação, impedirá a sua morte, pelo menos por um tempo. O juiz, recordando seus dias na escola da magistratura, consulta a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e percebe que o Soliris não é nem medicamento essencial nem excepcional; não tem registro na ANVISA, nem pode ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde. O magistrado se convence de que não há modo de conceder o pedido do autor — não levando em conta apenas a legislação ordinária brasileira. Mas ainda há a constituição e a principiologia do direito. Vemos: ainda que bem assessorado e contando com vários recursos processuais à sua disposição, o magistrado não escapou ao problema.

A solução precisa ser eminentemente teórica.

²² Sala assim já existe na Justiça Federal e foi inaugurada há pouquíssimo tempo. Do Fique por Dentro, Edição n. 1.114, ano 6, de 13.10.15 (Revista Eletrônica da Justiça Federal): “*Amanhã, dia 14, será inaugurada a sala de perícias das varas cíveis da Justiça Federal do DF, no Edifício Sede I. A criação do espaço foi motivada pela grande demanda de ações, na SJDF, a envolver o fornecimento de medicamentos para o tratamento de doenças raras — de 2013 até agora, mais de 800 ações judiciais. ... A iniciativa inovadora, de um grupo de juízes federais de Brasília, visa acelerar e viabilizar a realização de perícias médicas, com peritos de confiança do juízo, também especialistas na análise dos casos a envolver doenças raras. Imediatamente após a perícia, será realizada audiência de conciliação e inspeção judicial. Para tanto, foi contatado o Conselho Federal de Medicina e a Associação nacional dos Peritos Médicos, como forma de acessar profissionais capacitados para tal fim, e desenvolver um trabalho em parceria.*”

2. Considerações Teóricas

2.1 Direitos Fundamentais Sociais:

Como dito anteriormente, nossa Constituição adotou uma redação muito firme ao definir o direito à saúde: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido ... acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

As constituições de 1824, 1891, 1937 e 1946 não tratavam do direito à saúde. E a Constituição de 67, que antecedeu a Constituição Federal de 88, apenas permitia à União “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde” (Art. 8º, XIV), sem positivar nada específico. Portanto, a nossa nova Constituição é inédita também no que diz respeito à saúde. Foi ela que anunciou, pela primeira vez de forma clara, quais direitos sociais deveriam ser tutelados:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.²³

Já antecipando a discussão que se instalaria no Brasil, a Constituição Federal de 88 também postulou a eficácia vinculante dos direitos fundamentais, que têm aplicação imediata (Art. 5º, §1º). Assim, o Estado brasileiro não pode se escusar de concretizar os direitos sociais, sob pena de violar a Constituição. Tal aplicação do Art. 5º, §1º em relação aos direitos sociais é possível por conta de uma peculiaridade do nosso direito: no Brasil, a Constituição alça ao mesmo patamar direitos individuais e coletivos e sociais, de modo que estamos a salvo de parte da controvérsia que cerca os direitos sociais. Este trabalho não pretende fazer análises de direito comparado, mas, a título de exemplo, embora usemos em nossas discussões uma série de elementos doutrinários da Alemanha, naquele país os direitos sociais não são fundamentais (Torres, 2009); de fato, quando Alexy afirma que, “ao menos pelos critérios formais, os direitos sociais são caracterizados como direitos fundamentais, pois possuem todas as

²³ Redação mais atual, nesta data de Setembro de 2015.

características necessárias” (ALEXY, 1997, tradução livre), está reagindo a um debate que não temos no Brasil.

É natural que os direitos sociais sejam tema controverso. Sabe-se que eles são os chamados direitos de “Segunda Dimensão ou Geração”: os direitos de primeira geração foram os civis e os políticos, mais tarde surgiram os direitos sociais, culturais e econômicos (2ª geração, reconhecidos por influência das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, da Virgínia em 1776, e, mais recentemente, da Constituição Alemã de 1919), depois os coletivos, e há neste momento um desenvolvimento dos direitos relacionados ao biodireito, e um esboço teórico para que, no futuro, haja direitos digitais e à paz social. Um mesmo direito, como o direito à saúde, pode se situar numa geração mas ter diferentes dimensões, do que concluímos: a teoria se expande a passos largos e em várias direções diferentes, e parece razoável afirmar, com Lemos (2007), que “os direitos fundamentais ... são todos aqueles que determinado ordenamento jurídico os elegeram como tais.”

Estabelecido que o direito à saúde é um direito fundamental social, porque o constituinte brasileiro assim o quis, ainda resta precisar se se trata de um direito objetivo ou subjetivo. O debate é de certa maneira turvo, porque todos os direitos fundamentais são dotados de um duplo carácter, elementos tanto subjetivos quanto objetivos²⁴. No caso do direito à saúde, a tarefa é ainda mais complexa, pois ele tem facetas de direito individual, coletivo, metaindividual, difuso; ao pôr em questão a distribuição de recursos e riquezas, o direito à saúde também exhibe ligações com a própria natureza do Estado Democrático Social que hoje existe no Brasil. Afinal de contas a Constituição Federal, em seu artigo 3º, define que é um objetivo fundamental da nossa República a construção de uma sociedade justa e solidária, com menos desigualdades, e a destinação dos recursos é peça-chave na diminuição das desigualdades.

Portanto, categorizar corretamente o direito à saúde não é fácil. Num tom quase didático, a jurisprudência nacional desenhou uma dicotomia: se o direito à saúde

²⁴ Konrad Hesse, In: op. cit, p. 228. “Por um lado eles são direitos subjetivos, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito..., mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida.... Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direito individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.”

é objetivo, os cidadãos têm direito a políticas públicas, uma expectativa de que o Estado cumpra seu dever constitucional; por outro lado, se o direito à saúde é subjetivo, os cidadãos podem não só esperar que haja políticas públicas, mas também podem postular individualmente que sua demanda particular por saúde seja satisfeita — em juízo, é o que nos interessa. Contudo, independentemente do carácter que se atribua ao direito à saúde, o fato é que ele não deixa de ser um direito prestacional (No sentido “estrito”²⁵ ou não, disputa-se), num molde típico de Estados de Bem-estar, mas vai além: apóia-se em dispositivos expressos que tratam do acesso universal, gratuito e igualitário, e assim se aproxima da raiz da nossa ordem constitucional. Aqui se tem resposta a uma pergunta interessante — Por que outros direitos sociais como a moradia ou, mais recentemente, o transporte têm estatura constitucional mas não protagonizaram um fenômeno de judicialização como o da saúde? —: porque a Constituição prevê expressamente o conteúdo prestacional do direito à saúde, o que não faz em relação aos demais direitos sociais. O artigo 196 dota o direito à saúde de duas dimensões: tanto a da preservação, por meio da “redução de risco de doença de de outros agravos”, quanto a da “proteção e recuperação”. O direito à saúde dita que preservemos a saúde de um povoado por meio de políticas públicas que eliminem a dengue, por exemplo, mas também obriga o Poder Público a disponibilizar meios de recuperação da saúde do cidadão que já está combatido pela doença.

Um ponto deve ser destacado. No desenvolvimento teórico para elucidar a natureza do direito à saúde, desenhou-se a divisão entre os direitos de defesa e os direitos sociais, além da dicotomia entre objetividade e subjetividade do direito, da seguinte maneira: estes têm custos, aqueles não têm; estes tratam de bens que poderiam ser obtidos de particulares, aqueles só ambicionam a abstenção do poder público. Essa divisão não está correta, mas revela a dependência um tanto mais nítida que os direitos sociais sempre tiveram em relação à economia.

²⁵ Alexy, op. cit, p. 483: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que — si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente — podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho de la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.”

Direitos individuais ao devido processo legal, à liberdade de crença, à manifestação de pensamento ou à propriedade, por exemplo, estão na “massa do sangue”²⁶. Parecem naturais e gratuitos: basta que o poder soberano não persiga cidadãos sem antes ouvi-los, não ataque diferentes denominações religiosas, não oprima jornalistas e intelectuais e não confisque os bens de opositores. Visto: que se abstenha de algo. Já os direitos sociais demandam pró-atividade do poder público e não são enunciados há tanto tempo quanto os direitos individuais, de modo que só eles parecem ter custos. E, já que só eles têm custos, o respeito ao devido processo legal é imediato, mas, de resto, caberia que nos resignássemos a prosseguir pacientemente com a tarefa de garantir o gozo efetivo de direitos sociais.

É um equívoco que a doutrina tem combatido recentemente, e que foi resumido muito bem por Holmes e Sustain (op. cit), a cujo trabalho se remete um número crescente de juristas brasileiros. Segundo os acadêmicos americanos, não deve haver uma diferenciação entre direitos a prestações positivas e direitos a prestações negativas: todos os direitos são positivos, todos têm custos e dependem de receita e da ação estatal. O Estado mantém forças de polícia, tribunais de justiça e variadas burocracias destinadas a preservar direitos que pareceriam gratuitos e naturais como o direito à propriedade ou à liberdade de pensamento, de maneira que, quanto a custos, cada direito tem um.

Portanto, há critérios para distinguir os direitos sociais dos direitos individuais, e não são o custo que eles implicam. No caso do direito à saúde, como vimos, ele sofre de uma certa indeterminação típica — Tem ele eficácia imediata? O artigo 5º, §1º fala de aplicação imediata, mas, ao que parece, no cenário de maximização da eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, num processo contínuo. O direito à saúde é subjetivo ou objetivo num dado caso? Como vimos, ele tem várias facetas. Não se fale da dificuldade em determinar (Ou mesmo da verdadeira *indeterminabilidade*) dos textos Constitucionais: como se sabe, qualquer interpretação é limitada, é uma *descrição de descrições*, diz Luhmann. A despeito disso, o risco de que o direito à saúde se torne,

²⁶ É uma expressão da caserna. O que está na massa do sangue vem instintivamente, não precisa ser pensado, virou uma segunda natureza.

para usar a expressão de Canotilho²⁷, um *camaleão normativo*, sem parâmetros jurídico-dogmáticos bem recortados, deve ser levado em conta. Será que os limites do direito à saúde são ditados pela facilidade com que um juiz evoca a “dignidade humana”²⁸?

Para piorar a situação, porque envolve a economia pública, o direito à saúde traz à mesa, como veremos, o problema da escassez. Diz Sowell que “[a] primeira lição da Economia é a escassez: nunca há o suficiente de qualquer coisa para satisfazer todos que a querem. A primeira lei da Política é ignorar a primeira lei da Economia.”²⁹ E o direito, ao se aproximar da retórica grandiloqüente da política, também ignora, por contágio, a escassez. De fato, o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Judiciário é uma encruzilhada entre os diferentes mundos da economia e da política, mas também da moral e do direito, e nem todos eles costumam tratar da escassez.

Tal dificuldade encontra sua expressão jurídica, no Brasil, na “reserva do possível.” As decisões que determinam o fornecimento dos medicamentos de alto custo são constantemente atacadas por ignorar (Além da separação de poderes, é claro), o princípio da reserva do possível — “*o nêmesis dos direitos fundamentais sociais*.”³⁰ Porém, como destaca Torres (2009), embora a reserva do possível seja, no Brasil, constantemente ligada ao mínimo existencial, trata-se de uma ferramenta jurídica que surgiu na Alemanha num caso que não envolvia o mínimo existencial. Estudantes alemães pediam maior número de vagas numa faculdade de medicina, mas o Tribunal Constitucional da Alemanha notou que o Estado podia invocar, naquela situação, a reserva do possível. Torres afirma que, quando estamos tratando do mínimo existencial, a reserva correta é a orçamentária e não a reserva do possível. Isso porque o mínimo existencial não é negociável. Qualquer capitulação em relação a ele é reprovável.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy e Camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais”, in: Estudos Sobre Direitos Fundamentais, 2 edição, Editora Coimbra, 2008: fls. 100-101

²⁸ É certo que o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a nossa República (Art. 1º, III da Constituição Federal de 88) e que garantir a *existência digna* a todos foi eleito como o fim de toda a nossa organização econômica (art. 170), mas não poderíamos apoiar nossas razões em categorias menos elásticas?

²⁹ In The Economics Book (Big Ideas Simply Explained), Nova Iorque, DK Publishing, 2012.

³⁰ Isso apesar de que a maioria da doutrina brasileira ainda concordaria com Ciarlini (Cujo trabalho será abordado mais adiante): para ele, a defesa da reserva do possível revela um “pragmatismo toscó.”

“No Brasil, portanto, [a reserva do possível] passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro sonante na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do seqüestro da renda pública! Em outras palavras, taticamente é impossível a tal reserva do possível fática!³¹

Esse raciocínio é útil quando nos deparamos com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, num dos julgados que antecederam a Suspensão de Tutela Antecipada 175, ADPF n. 45/DF, o Ministro Celso de Mello concluiu que dois elementos condicionavam o fornecimento de um medicamento de alto custo: a “razoabilidade da pretensão” e a “disponibilidade financeira” do Estado. Ora, se o direito à saúde não tem limite e não é balizado por nenhuma outra consideração, e se nos pautamos apenas pelo *substancialismo*, é o diagnóstico de Ciarlini, ficamos reféns do radicalismo. De fato, há doutrina que propõe que “*a resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento, serviço da dívida), onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde.*” (Krell, 2002) Em outras palavras, *fiat justitia et pereat mundus*.

É certo que o dinheiro gasto em saúde por força de decisões judiciais compromete outras partes do orçamento público: quando a Constituição Federal foi emendada pela vigésima nona vez, em 2000, foi estabelecido um limite mínimo de investimento em saúde, mas qualquer gasto além desse compete com outras áreas³².

³¹ Torres, op. cit, p. 110

³² Mais recentemente, a Lei Complementar n. 141 dispôs limite mínimo de gastos para os estados e o DF, de 12%, e, para os Municípios, de 15%:

“Art. 6o Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

...

Art. 7o Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.”

Nada se diz quanto à União. Essa é a razão pela qual a maior parte das ações por medicamentos de alto custo acaba atacando a União. O Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária, um cidadão em Porto Velho pode ingressar em juízo contra a sua cidade, contra o seu estado ou contra a União. Mas como os limites do orçamento da União que são dedicados à saúde são menos claros, os pedidos mais caros tendem a recair sobre ela.

Também é certo que o direito à saúde, como direito social, é direito fundamental no nosso ordenamento, e, como destaca Lopes (2004), em conflitos que envolvam direitos fundamentais, deve sempre haver um “*núcleo essencial* que deverá ser protegido, pois sua modificação fatalmente causaria a modificação do sentido do direito em questão.” E, quando nos deparamos com a expressão “núcleo essencial de um direito”, nada vem à mente com tanta clareza quanto a palavra *vida*.

Contudo, qualquer intenção louvável deve ser medida pela sua capacidade de conviver com a realidade. Se isso é verdadeiro, precisamos tratar da escassez.

2.2 O Problema da Escassez

"The world that we encounter in ordinary experience is one in which we are faced with choices between ends equally ultimate, and claims equally absolute, the realization of some of which must inevitably involve the sacrifice of others." (Isaiah Berlin)

Introduzir no debate sobre o direito à saúde o problema da escassez não é simples, e por duas razões: em primeiro lugar, porque as pessoas instintivamente repudiam que se fale de conseqüências práticas ou financeiras quando o assunto é a saúde e a vida, a “pérola que não tem preço”³³; em segundo lugar, porque há um elemento contra-factual no pensamento jurídico, e o direito se ocupa não só das coisas como elas *são* mas sobretudo das coisas como elas *deveriam* ser: isso se manifesta quando juristas como Canotilho (2008, op. cit) defendem que qualquer preocupação prática elide o carácter deontológico de normas como a do artigo 196 da Constituição Federal — é óbvio que as normas dos direitos sociais estão em conflito com a realidade, pois foram feitas justamente para isso. Contudo, numa modernidade em que o direito se espalha por todas as áreas da vida humana (Não é possível legislar que o homem tenha

³³ A expressão é de Calabresi, em “The Complexity of Torts: The case of Punitive Damages”, Cambridge University Press, 2005.

fé, mas liberdade de credo existe *porque* está na Constituição; não é possível legislar que o homem ame, mas as formas e as conseqüências do amor estão no Código Civil) e se declara *societatis fundamentum*, a independência do direito como um sistema que tudo toca e não permite que nada o toque deve ser posta em questão, e por isso mais tarde se falará de Luhmann.

Quando não há oposição aos *interesses financeiros secundários* do Estado³⁴, há guerra declarada contra a importação de categorias econômicas como a eficiência e a escassez para debates jurídicos. Sem dúvida parte da culpa quanto a isso se deve a juristas como Posner — que, lançando as bases da análise econômica do direito, defende que os juízes devem usar a lei para levar adiante o objetivo social da *maximização da riqueza*, isto é, devem buscar o resultado mais *eficiente* da aplicação das regras para que a sociedade como um todo se quede mais rica³⁵. Como Luhmann diria, o sistema jurídico não se pauta pelo binômio eficiente-ineficiente, mas pelo binômio lícito-ilícito; e quando rejeitamos a influência da economia ainda satisfazemos a intuição de que a eficiência é inimiga da virtude, embora nem tudo que é lícito seja também virtuoso.

De qualquer modo, a redefinição dos objetivos do direito por pensadores como Posner não vinga no Brasil, e por aqui o campo se dividiu entre aqueles que repudiam a colonização da linguagem judicial pela retórica política e aqueles que repudiam a colonização da linguagem judicial pela retórica econômica, sendo que a primeira forma de colonização inquieta bem menos.

A *irritação* do sistema jurídico diante da interferência do sistema da economia, para utilizar um termo Luhmanniano, é inevitável. O debate, porém, se enriquece ao ganhar mais uma dimensão, ainda cumprindo destacar que a economia não é a única

³⁴ Vide RE 271.286 AgR-RS, já mencionado neste trabalho.

³⁵ Frise-se que, embora Posner reconheça que atingir a eficiência seja uma tarefa difícil, ele afirma: “*the economic theory of law presupposes machinery for ascertaining the existence of the facts necessary to the correct application of a law.*” (Posner, op. cit) Portanto, no caso dos medicamentos de alto custo seria muito difícil pautar a decisão pela eficiência ou pela maximização da riqueza, já que os fatores em jogo são muitos e dificilmente quantificáveis.

ciência que problematiza escolhas feitas por juristas^{36,37}. Dito isso, e para mencionar apenas teoria econômica mais antiga, Hayek já argumentava que os juízes ignoram quase todos os efeitos e conseqüências de suas decisões³⁸, de modo que, mesmo que achássemos apropriado que juízes busquem *policies* específicas por meio da lei, ainda restaria a probabilidade de que essas *policies* não se concretizem — vez que as informações sobre os efeitos da lei, que Posner quer captar por meio do maquinário que sustenta a teoria econômica do direito, estão dispersas pela sociedade e não poderiam se concentrar totalmente em apenas num cérebro, o do julgador. Assim, vê-se não é consenso entre economistas que o direito deva ou mesmo *possa* primar pela eficiência acima de outros critérios. Hayek se ocupa das “legítimas expectativas”³⁹ que os cidadãos podem nutrir, e defende que o juiz apenas preserve a coerência interna do

³⁶ A título de exemplo, análise comportamental: Shai Danziger, Jonathan Levav, e Liora Avnaim-Pesso. *Extraneous factors in judicial decisions*. PNAS 2011 108 (17) 6889-6892; published ahead of print April 11, 2011, doi:10.1073/pnas.1018033108

Criminosos condenados por crimes semelhantes pediam liberdade condicional para uma junta formada por um juiz, um criminologista e um assistente social, em Israel. Descobriu-se que as respostas dos juízes variavam conforme o padrão de refeições que acompanhava as audiências: quanto mais fome os juízes sentiam, menor a chance de que o pedido fosse deferido. Estudos assim nos desconcertam, mas são úteis.

³⁷ No debate brasileiro, isso se traduz como o problema da capacidade institucional. O magistrado é um órgão jurisdicional que acumula saber jurídico, mas é constantemente chamado a revisar decisões extremamente técnicas tomadas por agências regulatórias e ministérios, por exemplo. Há quem argumente que a autoridade jurisdicional se preserva e até cresce quando é *pouco* usada, isto é, quando sua intervenção é bem dosada e só se revela quando indispensável. No Brasil, contudo, o princípio da inafastabilidade de jurisdição tem ampla aplicação, mesmo para impugnar decisões que já contam com um misto de saber jurídico e conhecimento técnico especializado que o magistrado tem dificuldades de superar. A banalização da autoridade jurisdicional que a todo momento é desafiada a exorbitar sua capacidade institucional pode ser identificada em várias áreas de judicialização, como a revisão de decisões da ANEEL e do CADE, e obviamente também poderia ser ligada à judicialização da saúde. Porém, por restrições de espaço, esse problema não será tratado aqui.

³⁸ Hayek, op. cit.: “*The development of such rules will evidently involve a continuous interaction between the rules of law and expectations: while new rules will be laid down to protect existing expectations, every new rule will also tend to create new expectation. As some of the prevailing expectations will always conflict with each other, the judge will constantly have to decide which is to be treated as legitimate and in doing so will provide the basis for new expectations. This will in some measure always be an experimental process, since the judge (and the same applies to the law-maker) will never be able to foresee all the consequences of the rule he lays down, and will often fail in his endeavour to reduce the sources of conflicts of expectations. Any new rule intended to settle one conflict may well prove to give rise to new conflicts at another point, because the establishment of a new rule always acts on an order of actions that the law alone does not wholly determine.*”

³⁹ Hayek, op. cit.: “*The distinctive attitude of the judge thus arises from the circumstance that he is not concerned with what any authority wants done in a particular instance, but with what private persons have ‘legitimate’ reasons to expect, where ‘legitimate’ refers to the kind of expectations on which generally his actions in that society have been based. The aim of the rules must be to facilitate that matching or tallying of the expectations on which generally his actions in that society have been based. The aim of the rules must be to facilitate that matching or tallying of the expectations on which the plans of the individuals depend for their success.*”

sistema legal, como “*a servant endeavouring to maintain and improve the functioning of the existing order*”⁴⁰, sem medir seus esforços de acordo com um critério externo — a justiça social, a igualdade ou mesmo a eficiência.

Vista sob esse aspecto, nem toda influência da economia ambiciona fazer que o direito se torne economia. Podemos admitir a ajuda de categorias econômicas para elucidar a posição do julgador. Se já não tememos que a economia queira sobrepôr os seus critérios valorativos sobre os critérios do direito, podemos examinar o conceito da escassez.

A demanda por saúde é, em tese, infinita. Se todas as doenças do Brasil se curassem, logo a ausência de doença deixaria de ser sinônimo de saúde e as pessoas acorreriam a clínicas e laboratórios em busca de procedimentos que melhorassem sua performance. Por outro lado, o dinheiro a ser gasto sempre tem limite, e é por isso que há doutrina que defende uma limitação do direito à saúde esboçado na Constituição:

“Dado que recursos de saúde são necessariamente escassos (ou seja, recursos disponíveis no sistema público de saúde no Brasil são insuficientes para atender todas as necessidades em saúde de toda a população), o direito à saúde reconhecido na Constituição brasileira não pode ser interpretado de maneira convincente como um direito irrestrito de satisfação integral das necessidades de saúde de toda a população brasileira.”⁴¹

É verdade que pensar a escassez ameaça a normatividade de alguns direitos e pode levar quem destina recursos públicos a uma espécie de neutralidade ou quietismo, na expressão de Ciarlini, que se esperaria de alguém que, vendo o custo de cada escolha, decide não decidir. Além disso, a escassez nos empurra para uma desconfortável posição que talvez seja, no fim das contas, incompatível com o Estado de Direito, pois o cidadão afligido por uma doença rara, quando tem seu tratamento

⁴⁰ Hayek, op. cit. : “*The efforts of the judge are thus part of that process of adaptation of society to circumstances by which the spontaneous order grows. He assists in the process of selection by upholding those rules which, like those which have worked well in the past, make it more likely that expectations will match and not conflict. He thus becomes an organ of that order. But even when in the performance of this function he creates new rules, he is not a creator of a new order but a servant endeavouring to maintain and improve the functioning of an existing order. And the outcome of his efforts will be a characteristic instance of those 'products of human action but not of human design' in which the experience gained by the experimentation of generations embodies more knowledge than was possessed by anyone.*”

⁴¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Dados, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, Mar. 2009. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Oct. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582009000100007>.

diferido em benefício de outros doentes cujo tratamento é mais barato, vê se dissolver o *quid pro quo* que caracteriza o nosso sistema de saúde: a contribuição tributária pela garantia do tratamento, num sentido mais estrito, ou a mera condição de brasileiro sob a nossa Constituição para a garantia do tratamento, num sentido mais amplo.

No entanto, porque as decisões judiciais alocativas são tão sérias e têm tanto impacto justamente sobre aquilo que desejam proteger (A vida, ainda que a vida que escapa aos limites do processo), dotadas, além disso, de um poder multiplicador⁴², parece mais salutar um realismo como o de Sarlet (2007): “negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de — qual toque de Midas — gerar recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.”

É incomum que se cogitem os efeitos econômicos das decisões judiciais. Não deveríamos esperar outra coisa, pois qualquer decisão judicial que aloque recursos escassos envolve o problema do principal-agente⁴³, a proporcionar resultados imperfeitos. Toda burocracia, inclusive a judicial, é uma “construção destinada a maximizar a distância entre quem toma decisão e os riscos da decisão.”⁴⁴ Num cenário em que os juízes estão protegidos (Enquanto decisores, ainda que não enquanto cidadãos) dos efeitos e dos riscos das suas decisões, há pouco incentivo para uma abordagem finalística nas decisões judiciais.

Contudo, nós não somos os únicos a enfrentar teoricamente o problema da escassez. Cada país adereça o problema à sua maneira. No Reino Unido não se fornece gratuitamente o Soliris, mas se elaboram diferentes teorias de alocações de recursos em saúde com o objetivo de manter o National Health Service funcionando segundo a

⁴² Na decisão da Suspensão de Tutela Antecipada 175, Gilmar Mendes temia que um dia acontecesse o que hoje é corriqueiro:

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

⁴³ O “principal—agent problem” é uma ferramenta analítica muito utilizada por economistas e que se refere, em síntese, à situação em que um “agente” é encarregado de tomar decisões que vão impactar outrem, o “principal”. Há defesa teórica de que o problema do principal sempre implica um resultado sub-ótimo.

⁴⁴ A frase é de Taleb, op. cit.

justiça distributiva. Por exemplo, o uso da medida QALY, quality-adjusted life-year, para decidir o custo-benefício de um determinado procedimento, ou o uso da ficção do “véu da incerteza” na atividade legislativa: pergunta-se o que alguém decidiria, até mesmo num nível legislativo, se soubesse que vai ser afetado por uma regra, mas não soubesse seu próprio estado de saúde ou ainda sua condição, contribuinte para o sistema ou paciente. Ou, ainda, a aplicação do ótimo de Pareto⁴⁵ como o objetivo do sistema de saúde.

Para fins deste trabalho, uma obra cumpre destacar: *Escolhas Trágicas*, de Guido Calabresi.

Juntamente com Posner, Calabresi é considerado um dos maiores defensores da análise econômica do direito. Em sua obra mais recente, tratando da responsabilização por acidentes no direito costumeiro americano, Calabresi chega a propôr interpretações judiciais que levam em conta o sistema de preços para avaliar a proteção à vida, de acordo com os diferentes valores que os envolvidos atribuem à transação. Naturalmente, isso gera muita polêmica. Convém limitar a contribuição de Calabresi ao que ele qualifica como *decisões trágicas*.

Calabresi argumenta que a escassez é, a *contrario sensu*, um fantasma que se torna cada vez mais presente conforme a sociedade enriquece. Uma economia mais sofisticada produz bens mais sofisticados, e, porque esses bens resultam do desenvolvimento tecnológico, há sempre escassez — que cresce na medida em que crescem a complexidade e a variedade dos bens. Uma sociedade tribal e isolada pode ter poucos recursos, mas esses recursos não têm nenhuma razão para ser poucos senão a própria faticidade da sua escassez: pouca água, poucas árvores. Já a escassez numa sociedade sofisticada é consequência de escolhas humanas, pois nós escolhemos constantemente quem terá acesso a quê, e essas escolhas nos definem:

⁴⁵ Vilfredo Pareto, economista e sociólogo italiano, propunha que uma disputa atingiria o estado ótimo *se e apenas se* fossem esgotadas todas as opções para aumentar o bem-estar de uma pessoa *sem custo para o bem estar de outra*. Cada passo em direção ao ótimo seria desejável, ainda que o ótimo seja um ideal inatingível. Há análises de custo-benefício em saúde pública que levam em conta a terminologia de Pareto (Por exemplo: uma política é avaliada em função do valor que quem se beneficia dela [*utility*/preferência] estaria disposto a pagar por ela *ou* pelo valor que esse alguém demandaria para tolerar uma política oposta à primeira política, ou indesejada), mas, porque envolvem teoria das decisões, escapam do escopo deste trabalho.

“We cannot know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others. While the world permit sufferers to be chose, something beyond their agony is earned, something even beyond the satisfaction of the world’s needs and desires. For it is in the choosing that enduring societies preserve or destroy those values that suffering and necessity expose. In this way societies are defined, for it is by the values that are foregone no less than by those that are preserved at tremendous cost that we know a society’s character.”

Além de nos definir, as escolhas podem muitas vezes ser trágicas. Escolhas trágicas não envolvem necessariamente questões de vida ou morte, embora seja freqüente que o façam, mas sempre dizem respeito a dilemas que não têm nenhuma solução que não implique muito sofrimento e que revelam um conflito de valores. O objetivo ideal de Calabresi é que as decisões alocativas sejam quase transparentes, que não provoquem ultraje moral e que não pareçam sequer terem sido feitas. Isso porque, enquanto toda decisão alocativa de bens escassos é difícil (Com exceção do mero igualitarismo, quando ele é possível: dar a cada um uma porção idêntica do todo), as escolhas trágicas nos arremessam em encruzilhadas morais e instalam no seio da sociedade dúvidas quanto aos nossos valores: por exemplo, questionar o fornecimento de medicamentos de alto custo faz que duvidemos de quem diz que a vida é sagrada e não tem custo — como poderia ser verdade que a vida é a coisa mais importante do mundo se admitimos a guerra e financiamos a construção de túneis que, sabemos de antemão, vão custar a vida de um homem por cada quilômetro de comprimento?

Por óbvio, um juiz que concede ou deixa de conceder um medicamento faz uma decisão alocativa que também é trágica: pois qualquer das duas respostas, conceder ou não conceder, implicará muito sofrimento para uma das partes, o doente que postula em juízo ou as pessoas que dependem dos recursos públicos. É o que Calabresi qualifica como *nightmare of justice, in which the assertion of any right involves a further wrong, in which fate is set against fate in an intolerable necessary sequence of violence.* (CALABRESI, op. cit.)

Escolhas trágicas não têm respostas que nos reconfortem. Calabresi examina diferentes métodos alocativos, teoriza quanto aos resultados se quatro diferentes mecanismos operassem: o mercado (livre ou manipulado), os processos políticos com responsabilização (*accountable political processes*), a loteria e a tradição (custom). Mas logo qualquer desses métodos cria injustiças — o mercado prioriza o dinheiro em

detrimento da necessidade de cada um, os processos políticos priorizam grupos organizados em face dos desorganizados, a loteria é um tiro no escuro, e a tradição, enquanto pode apaziguar a sociedade, ao estabelecer que o melhor quinhão será dado para quem sempre o recebeu, não atinge um resultado ótimo de distribuição de recursos. Portanto, todas essas respostas não são mais que paliativos. Mesmo que os métodos sejam misturados entre si, as reformas depois são rejeitadas, de maneira que a sociedade precisará alterar constantemente os métodos alocativos se deseja alguma proteção, sempre parcial, do impacto das escolhas trágicas.

Como já dito, nenhuma escolha trágica é resolvida de forma simples, senão por mero igualitarismo, e nesse caso a facilidade da escolha é anulada pelo desastre das conseqüências. *Tragic choices* não dá respostas definitivas, mas, no labirinto que envolve decisões alocativas, ao menos algo Calabresi considera essencial: o critério para as escolhas trágicas não deve ser a eficiência nem a igualdade, mas a honestidade. A honestidade deve levar legisladores de qualquer país a discriminar com transparência quais são os benefícios inclusos no “pacote” de saúde pública a que uma sociedade está aderindo, que não podem ser todos ao mesmo tempo, dada a escassez de recursos. Por outro lado, a honestidade quanto às escolhas trágicas também permite que o julgador, enredado em regras imperfeitas, mergulhe na tragicidade da sua decisão, assumindo para si a tarefa de nos libertar, pelo menos parcialmente, de um estado de conflito moral.

Holmes e Sustain postulam que “levar os direitos a sério significa levar a sério a escassez” (Uma paráfrase de Dworkin, que Hart uma vez apelidou “nobre sonhador”?). Não se trata de utilitarismo que seria incompatível com os postulados de igualdade aceitos no Brasil.⁴⁶ Trata-se de admitir que direitos não são assegurados por

⁴⁶ Por exemplo: Rawls, op. cit. §87, pg. 513: “[T]o respect persons is to recognize that they possess an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. It is to affirm that the loss of freedom for some is not made right by a greater welfare enjoyed by others. The lexical priorities of justice represent the value of persons that Kant says is beyond all price.”

⁴⁷ Scruton, op. cit “Societies of citizens enjoy political freedom; but it is not this freedom that guarantees their rights: it is their rights that guarantee their freedom. Rights in turn depend on the web of reciprocal duties, which binds stranger to stranger under a common obedience. That is why the invocation of universal rights — so often made in the name of transnational governance — is so dangerous. Rights are not secured by declaring them. They are secured by the procedures that protect them.”

declarações, mas por procedimentos⁴⁷, e que qualquer procedimento está fadado ao fracasso no momento em que se descola da realidade.

2.3 Aportes da Teoria e da Sociologia da Constituição

As decisões judiciais de deferimento de medicamentos de alto custo se apóiam cada vez mais em princípios. Muito da mudança de tom do Judiciário brasileiro é atribuível a Dworkin. Neste trabalho, já foi mencionada a decisão do final na Suspensão de Tutela 175. Veja-se o quão diferente do voto de Gilmar Mendes foi o voto da Ministra Ellen Gracie, quando, em 2007, ela presidia do Supremo Tribunal Federal:

“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.)”

Em 2007, o caso submetido ao Supremo Tribunal Federal envolvia o fornecimento de medicamento que tratasse pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. As preocupações do trecho destacado são claras: o direito à saúde garante aos cidadãos acesso a políticas públicas, por meio do Sistema Único de Saúde, e o pedido em via judicial não pode ser atendido se ameaçar financeiramente a saúde pública. A Ministra anuncia no Supremo Tribunal Federal o entendimento doutrinário de que toda prestação positiva que escapa ao mínimo existencial está vinculada a uma política pública, de maneira que o cidadão não pode adjudicar individualmente o bem público, mas apenas exigir que a política destinada que garante esse bem público seja eficiente e siga a legalidade.

Essas são, como Dworkin diria, preocupações políticas, econômicas, portanto de *policy*. Na obra do jusfilósofo, há coisas mais importantes do que as razões políticas e econômicas: os direitos.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. (DWORKIN, 2002, p. 129/130).

Para Dworkin, todo sistema jurídico que se pautar pelo Estado Democrático de Direito pode se apoiar ou no texto jurídico ou nos direitos (Dworkin, 2000, p. 6). Há regras e há direitos: se o positivismo prezou pelas regras, o *direito como integridade*, como Dworkin propõe, preza pelos direitos. Regras podem expressar direitos, mas direitos existem antes de serem expressados como regras, sendo portanto mais fundamentais do que eles. Entre umas e outros, Dworkin dá atenção especial aos direitos e à ligação estreita que direitos têm com princípios, uma vez que os princípios são o trunfo que Dworkin usa para vencer o que chama de casos difíceis (*Hard-cases*), os quais, diz, sempre têm uma resposta adequada (*Right answer*), sem necessidade de discricção no julgamento.

Quando Dworkin escrevia sobre casos difíceis na década de 70, ainda não se apaziguara o problema da discricção judicial. Se duas regras se chocam, ou ainda se não há regra aplicável, ou se a regra aplicável é ambígua, o que o juiz deve fazer? Há as normas do Sistema Único de Saúde e há o RENAME, mas há o artigo 196 da Constituição Federal: o que deve ser aplicado? Positivistas como Hart defendiam que, em casos difíceis, juízes têm liberdade para usar a discricção e preencher o vazio ou a confusão normativos que encontrarem: legislam.

Dworkin, ao contrário, postula dois graus diferentes de discricção, o fraco e o forte, o *fraco* dizendo respeito ao leve arbítrio que o direito permite ao juiz — Por exemplo, quando a dosimetria da pena permite ao juiz um pequeno ajuste no tempo de cárcere —, e o *forte* dizendo respeito a decisões que não estão limitadas por quaisquer padrões determinados por uma autoridade (Dworkin, 2002), de modo que o juiz não está obrigado a chegar a qualquer decisão em particular. Para Dworkin, essa discricção em sentido forte é algo que os positivistas como Hart propõem e algo que os juízes absolutamente não devem ter. Em vez disso, os juízes estão presos a princípios, e os

princípios ancoram direitos, e princípios e direitos são centrais na teoria do direito da integridade. A ligação entre princípios e direitos é umbilical: “princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.” (Dworkin, 2002)

As decisões nos casos difíceis não são arbitrárias. Quando as regras são obscuras, vagas ou ambíguas, os juízes lançam mão de princípios — que não levam necessariamente a um resultado certo, como as regras levam (Dworkin, 2002). Enquanto regras são aplicadas de maneira absoluta, “sim” ou “não”, princípios têm diferentes pesos e importância, de maneira que podem ceder uns aos outros. O “juiz Hércules” de Dworkin, que toma para si o peso de construir o direito como integridade, não tenta resolver o caso difícil apenas com razões políticas ou econômicas. Ele não usa argumentos de política, que se destinam a estabelecer objetivos coletivos e envolvem considerações práticas, utilitaristas, mas raciocinam com princípios e emprega padrões de julgamento para encontrar a resposta adequada.

Orientados dessa maneira, os juízes usam princípios e não agem segundo preferências políticas, seguem *public standards*. (Dworkin, 1963, pps. 624-638). Não há espaço para discricão, e, ao contrário do que afirmava Hart, em casos difíceis os juízes não estão legislando, mas apenas extrapolando com base em princípios; não só aplicam regras: garantem que o sistema legal reflita os princípios da sociedade. Nesse sentido, os juízes estão descobrindo novas regras e não as fazendo (Dworkin, 2002).

O que é um pedido por medicamentos de alto custo, senão um *caso difícil*? A teoria de Dworkin defende que qualquer caso, até o mais difícil, tem uma resposta correta (*right-answer*). Dworkin, que em termos morais é um realista, argumenta que mesmo em juízos morais há uma só resposta correta, ainda que as pessoas disputem quanto à natureza dessa resposta. No embate judicial, os litigantes têm o direito de esperar que o juiz se entregue à busca pela resposta correta com toda a sua dedicação; esperam que o julgador dê o melhor juízo possível sobre quais direitos eles têm. Embora o juiz Hércules seja só um ideal, os juízes têm a *obrigação* de buscar a resposta correta de tal forma que ela se encaixe com o direito que já existe e com as práticas jurídicas correntes.

Essa exposição teórica sinaliza aproximações com a prática jurídica brasileira. Manejamos princípios quando fazemos o seguinte raciocínio: há regras para o Sistema Único de Saúde e regras para o fornecimento de medicamentos de alto custo, mas há o princípio da dignidade humana e o direito à saúde e à vida, que devem orientar qualquer exegese constitucional, se sobrepõem a leis. Pensamos como Dworkin quando usamos princípios para romper o dilema e concluimos que a aplicação principiológica correta é a concessão do medicamento, pois a nossa sociedade é uma sociedade que preza a vida — Dworkin (1963) enfatiza que os princípios deve estar enraizados nos valores da sociedade, ainda que direito não seja sinônimo de moral —, a nossa Constituição é uma Constituição que protege a vida, e a dignidade humana é um princípio que se sobrepõe a regras. De fato, a retórica dos direitos e dos princípios se tornou tão indispensável ao nosso debate que, em seu voto na Suspensão de Tutela Antecipada 175, o Ministro Gilmar Mendes não se contentou em dizer que havia leis e procedimentos a serem respeitados, mas considerou necessário afirmar que existiam direitos “à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.” Em outras palavras, diante de um princípio que ofusca as regras, precisa-se de um princípio que diga que as regras são necessárias e devem ser seguidas, ainda que essas regras sejam o que permite que os direitos e os princípios se concretizem. Os juristas têm alguma razão quando brincam que no Brasil qualquer dispositivo precisa estar na Constituição Federal para ser levado a sério; talvez também seja correto dizer que, hoje, qualquer raciocínio jurídico precisa ser expresso na linguagem dos princípios e dos direitos para que seja levado a sério.

Dworkin dedica uma porção significativa de seu *Virtude Soberana* especificamente ao problema da saúde. Destaque-se desde já que, embora Dworkin só tenha falecido em 2013, essa obra foi publicada pela primeira vez em 2000. Obama ainda não tinha sido eleito presidente dos Estados Unidos nem tinha sido aprovado o *Affordable Care Act*, mas os americanos já haviam passado, entre 93 e 94, por intensos debates acerca do *Health Security Act* defendido por Bill Clinton. A posição de Dworkin em 2000, portanto, era de lamentar o fracasso da iniciativa do *Health Security Act*, bem

como expôr fundamentos racionais para uma reforma na saúde que só ganharia contornos mais claros ao final da década.

Somos convidados a um esforço imaginativo⁴⁸. Se houvesse igualdade de recursos nos Estados Unidos (Ou no Brasil, a ficção se mantém a mesma), de modo que a renda e a riqueza estivessem igualmente distribuídos por toda a sociedade e que todas as pessoas contassem com informações quanto a procedimentos médicos e os seus efeitos com a mesma precisão da comunidade médica; além disso, se ninguém soubesse nada quanto ao risco enfrentado por cada indivíduo isolado, se não se soubesse, por exemplo, quem é pobre, velho, obeso ou geneticamente propenso a uma doença rara; finalmente, se as pessoas comprassem seguros de saúde para se proteger de vários riscos sem qualquer subsídio governamental ou distorção de mercado — então, ficariam claras quais garantias poderiam ser previstas, com prudência, num sistema de saúde de acesso universal. Isso Dworkin intitula, portanto, seguro prudente: se João, o homem médio e prudente, acha razoável um plano mais caro que garanta uma cobertura mais ampla, a sociedade como um todo deveria custeá-lo publicamente; porém, se João não aceita pagar um prêmio de seguro muito mais caro por um custoso e improvável transplante de fígado, esse transplante não deveria estar no seguro/sistema público, mas num seguro complementar.

Essa é a resposta que Dworkin considera razoável ao invés da aplicação indiscriminada do *princípio do resgate*: tal qual postulado por Descartes, diz Dworkin, o princípio do resgate afirma que não existe nada mais importante do que a vida e a saúde, e sobrepõe os dois a qualquer outra consideração. Concepção tão radical não pode ter aplicação ampla na nossa sociedade, diz Dworkin, mas, “mesmo em uma sociedade na qual as riquezas sejam muito desiguais e se deboche da igualdade, não se deve negar a ninguém a assistência médica de que precisa só por ser pobre demais para custeá-la” (Dworkin, 2005, p. 434) A assistência médica deve ser distribuída com equidade,

⁴⁸ Os contornos desse exercício nos aproximam do “véu da incerteza”, referido mais acima, quando se discute o problema da escassez. Trata-se de transformar o conflito *interpessoal* em um conflito *intrapessoal*, de julgar as escolhas da sociedade como se fossem feitas pelo homem médio. O homem médio acharia razoável gastar metade da sua renda com saúde? Se não, por que a sociedade como conjunto deveria achar? Essa ficção corta para os dois lados, é claro: uma família de classe média quer que o Estado gaste com saúde a mesma proporção da sua renda que fica comprometida com medicamentos: mas o que aconteceria se disséssemos que a proporção do orçamento público que deve ser dedicada a medicamentos deve ser similar à proporção vista nas famílias mais pobres, que, segundo alguns estudos, chegam a gastar 40% da sua renda com medicamentos?

salvo quando a distribuição de determinado recurso deixa de ser prudente, nos termos acima dados — já assegurado para todos, é claro, o mínimo de assistência.

Finalmente, Dworkin defende que, quando pairam dúvidas sobre o que é o seguro prudente (Algumas pessoas o comprariam, outras não, de acordo com o número e a complexidade dos procedimentos que acabam influenciando o custo), deveríamos consultar representantes de diferentes pontos de vista e fazer decisões sobre a cobertura universal dos procedimentos levando em conta essas consultas.

Dworkin tenta, a seu modo, encontrar um equilíbrio entre a sua teoria e as limitações da realidade. Por que sempre é tão difícil essa conciliação? O problema já emergiu neste trabalho várias vezes. Para entender o conflito, Luhmann se torna útil.

Alinhado com desenvolvimentos recentes de teorias sistêmicas nas ciências biológicas e na tecnologia, o sociólogo alemão esboçou uma teoria que nos ajuda a entender em que medida o direito e a política e a economia ou qualquer outra preocupação não-jurídica se separam, e também o modo como se aproximam.

Segundo Luhmann, vivemos numa realidade de *diferenciação funcional*, na qual vários subsistemas coexistem ao mesmo tempo — na sua metáfora, como bolas de bilhar que estão na mesma mesa e se tocam de quando em quando, mas não deixam de ser esferas separadas, percorrendo caminhos distintos. (Luhmann, 1990) Esses choques entre as bolas de bilhar Luhmann chama de *irritações*, que perturbam o funcionamento autopoietico de sistemas *operativamente fechados*. O direito é um sistema operativamente fechado, e a política também é, mas isso não significa que devam estar isolados (Luhmann, 2005) Eles são fechados só operativamente porque têm seus próprios códigos, seu próprio jeito de caminhar adiante: a política tem os seus juízos de conveniência e a sua legitimação por procedimentos majoritários, e o direito trabalha os binômios direito/não-direito, lícito/ilícito.

Toda informação que vem do ambiente em que o direito está inserido é necessariamente processada segundo esses binômios. O jurista não se pergunta se uma solução é politicamente conveniente ou economicamente eficiente, mas analisa a juridicidade dessa informação (direito/não-direito), e a sua licitude (lícito/ilícito). Para a análise, o jurista emprega os códigos do próprio sistema, como normas, a interpretação

das normas, decisões anteriores. No dizer de Luhmann (Luhmann, 1993), “o direito não é a política, não é a economia, não é a religião e não é a educação, não produz obras de arte, não cura doenças, não difunde notícias”, e, se segue sendo autônomo, é pelo conceito que vigora na teoria dos sistemas: o fechamento operacional do sistema como *condição* de sua abertura. (Luhmann, 1993)

A autonomia tal qual esboçada acima seria um equilíbrio entre a identificação funcional que aconteceria se o direito, por exemplo, adotasse os códigos próprios de um outro sistema como a Economia ou a Política, e a independência total — que, para Luhmann, além de impossível (O direito ainda se pauta por premissas comuns a outros sistemas, como a não-contradição), também garantiria a morte do direito, pois, segundo o que nos revela o estudo da natureza, “nenhum sistema pode nascer e se reproduzir em bases exclusivamente autoreferenciais. Nem mesmo quando o sistema é dotado da capacidade de auto-organização e de auto-observação.” (Luhmann, 1990) É o direito que deve defender seu espaço, é ele que deve garantir “toda imutabilidade, inviolabilidade, superioridade” em seu próprio interior, sempre ciente de que admitir problemas políticos na linguagem da política descaracteriza o direito, envolve uma operação que não é interna ao sistema jurídico, pois o direito “se sanciona ... na execução factual de suas operações mediante inclusão e exclusão”, mediante contínuas operações para distinguir o que é direito do que não é direito.

Antes de nos perguntarmos como Luhmann enfrentaria o problema dos medicamentos de alto custo, é necessário também mencionar o que ele escreveu em relação à Constituição. “Terminologia jurídica e terminologia política interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considera-se a ordem política como ordenamento jurídico.” A ferramenta inédita que foi a Constituição se torna central à teoria de Luhmann: (Luhmann, 1990)

“A minha tese será a de que o conceito de Constituição, contrariamente ao que parecerá primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à conseqüente necessidade de uma re ligação entre eles.”

Não é coincidência que para Luhmann a Constituição desempenhe um papel tão central quanto desempenhava para Kelsen. Mesmo o conceito de positividade

precisa ser parcialmente reabilitado, pois ele não é senão um esforço dos juristas para fechar operativamente o seu sistema, para assegurar que o direito possa ser criado pelo próprio direito e não por atos arbitrários — a lei é lei não porque a Política diz que é lei, mas porque se coaduna com a autonomia do direito, porque permite que o direito se produza e se reproduza através da interação de seus próprios elementos.

Dito que Luhmann reconhece na Constituição um engenho valioso para a solução da aproximação e do distanciamento do direito em relação a outros sistemas, é preciso notar o espanto que a Constituição provoca. A Constituição é, sim, “a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia”, e também “constitui e ao mesmo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política”, mas, ao mesmo tempo, se sobrepõe ao próprio código direito/não-direito que domina todo o sistema jurídico. “Como foi possível se alcançar essa posição de exceção?”, Luhmann se pergunta (Luhmann, 1990), pois com o surgimento da Constituição um novo binômio ocupa a nossa mente: constitucional/inconstitucional. A Constituição, destinada desde o início “a se tornar direito velho”, se posiciona acima do resto do ordenamento e serve como uma espécie de origem metafísica (expressão minha⁴⁹) que resolve o problema da *auto-referenciabilidade* do sistema político e para o problema da *referenciabilidade* do sistema jurídico: isto é, a lei não é lei porque o político diz que seja, mas porque está de acordo com a Constituição, e assim o político não olha para si mesmo como a fonte da lei (auto-referenciabilidade), e o jurista não busca no político a substância da lei (referenciabilidade), não precisando elucubrar o que o legislador queria quando escreveu a lei ou o que o quer neste momento. Nunca antes houve algo assim na história do direito: quando a Constituição do século XVI surge, ela se tornou a régua com a qual se passou a medir a conformidade ou a não-conformidade de todas as outras leis e atos jurídicos, num grau que para Luhmann não encontrava paralelo antes em nenhuma lei, importante e fundamental que fosse.

Pois bem. A Constituição é o elemento híbrido, ao mesmo tempo uma ponte e uma muralha entre o direito e a política, e condiciona a comunicação entre os dois

⁴⁹ Não importa o quão secularizada seja a nossa sociedade. Não deixamos de ser o povo do livro. Se no passado brandíamos a bíblia como argumento último, que justificava a si mesmo, a Constituição hoje nos serve ao mesmo propósito, nos permite dizer que algo deve ser *porque* a Constituição diz que deve ser.

sistemas. Indo além, direito e política e economia se comunicam, mas *no modo segundo a constituição*, para que siga preservada a autonomia dos três. A Constituição orienta um processo de “leitura” do ambiente, por meio do qual o direito absorve as *irritações* do mundo em que existe ao traduzi-las para o seu código de licitude/ilicitude, que por sua vez está ligado ao binômio constitucional/inconstitucional. Quando o *input* (Luhmann usa termos da ciência da computação) se transforma em direito, quando a preocupação com a saúde pública é incorporada ao direito passando pelo filtro da constituição, o *output* também é jurídico: se um problema é introduzido juridicamente ao direito (Como precisa ser se o direito quiser manter sua autonomia), a resposta para ele é também jurídica. Essa é consequência *sine qua non* de que o direito continue funcionalmente diferenciado da política. E também implica que o direito não é panacéia e não pode resolver todos os problemas, não pode se dobrar para abarcar em seus tribunais problemas que são políticos — ainda que isso se torne cada vez mais difícil na nossa realidade em que as Constituições “oportunizam aumentos recíprocos de irritabilidade” (Luhmann, 2005), dado o fenômeno, notado por outros autores, de instrumentalização do direito para a obtenção de fins políticos, e a tomada de decisões políticas em formas jurídicas, por leis, decretos, portarias. Vê-se aí um agravamento do fenômeno que Luhmann (2005) liga à própria origem do Estado de Direito, que escamoteou a diferença essencial entre direito e política e permitiu que se considerasse o direito a linguagem do Estado, uma ferramenta política sua, até que juristas positivistas reagissem buscando legitimidade não mais na moral ou em Deus ou no Soberano, mas em procedimentos. Termo mais adequado do que “Estado de Direito” seria “Estado Constitucional”.

De que nos serve a teoria de Luhmann? Ele nos abre algumas portas. Luhmann reconhece que todo sistema precisa de uma válvula de escape para decidir de forma independente e livre um problema que desafie sua própria estrutura e dê uma solução pacífica que preserve sua unidade: podemos enxergar nisso o Supremo Tribunal Federal e esperar que a corte modele o escopo e a aplicação do direito à saúde. Por outro lado, Luhmann (1993) também reconhece que a sua idéia de acoplamento estrutural não providencia uma solução unitária e unilateral, pois “a diferenciação funcional entre o sistema jurídico e sistema político não pode ser controlada nem por uma parte, nem pela

outra.” O controle necessário, Luhmann chega a sugerir (1993), é “uma instância extrajurídica subtraída ao esquema e que agora se apresenta nas vestes de um povo politicamente unido”. Mas, à espera de que essas soluções se concretizem, a teoria de Luhmann adverte que o direito não pode admitir em seu seio preocupações alheias: o orçamento que não fecha é um problema político, a perda de hígidez fiscal que tem impacto sobre a economia é um problema econômico-financeiro, e só podemos buscar resolvê-los por meio da ponte que liga o direito a outros sistemas, e essa ponte é a Constituição.

As teses de Dworkin e de Luhmann são trazidas para o contexto nacional por Ciarlini, que, em sua tese de doutorado, apóia-se em ambos autores, e também no trabalho da belga Chantal Mouffe, para enriquecer a discussão acerca dos medicamentos de alto custo.

Segundo Ciarlini, o problema dos medicamentos de alto custo se encaixa no conflito histórico entre liberdade e igualdade, e, no Brasil, tem se pautado por dois extremos: o *substancialismo* e o *procedimentalismo* — e suas respectivas tendências de dar tudo ou nada, a conceder tudo que for pedido judicialmente ou pedir socorro à reserva do possível, a considerar o Estado ou onipotente ou impotente.

De um lado está o substancialismo, que afirma em carácter absoluto o direito à saúde, de tal maneira que ele se sobreponha a todos os outros princípios ou garantias constitucionais⁵⁰. Ciarlini associa essa visão a Dworkin, e argumenta que, sob o substancialismo, temos menos chances de seguir uma vida pública autônoma, com a retração do domínio da liberdade, dada a ligação do substancialismo com o paternalismo do Estado de Bem-estar, que torna sinônimas a igualdade de fato e de direito. O substancialismo protagonizaria, assim, uma “colonização da linguagem judicial pela retórica política”: os juízes, de acordo com o substancialismo, precisam ser ativistas, no sentido de “promover mudanças sociais, denotando assim a assertividade no sentido de impor a execução das políticas públicas determinadas pelo direito.”⁵¹

⁵⁰ Lembro da frase de um saudoso professor ao longo da minha graduação: “quando seguro na mão de um princípio, sigo adiante sem me preocupar onde vou parar.” É irresponsável permitir que *um só* princípio nos sirva de guia, sendo que a exegese constitucional é uma verdadeira cornucópia de princípios e diretrizes.

⁵¹ Nessa afirmativa, Ciarlini está trabalhando conceitos extraídos de: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1999

Do outro lado, o procedimentalismo, levado a cabo por (Alhures se qualificaram) juízes *quietistas*, está associado ao trabalho de autores como Habermas e Jeremy Waldron, e visa impedir que o Estado cerceie as liberdades em nome da igualdade por meio do exercício do poder de maneira arbitrária. Os procedimentalistas defendem a separação entre os sujeitos de direito e os mandamentos morais, e defendem a realização de políticas públicas pelo Executivo de maneira a atingir o maior número possível de destinatários — ainda que isso signifique eliminar a possibilidade de que o direito à saúde seja visto como um direito subjetivo individual prestacional. Indo além, haveria no procedimentalismo componentes da teoria do fluxo comunicativo, de Habermas, que delimitariam o papel de cortes constitucionais como o nosso Supremo Tribunal Federal “a determinar o respeito aos procedimentos democráticos, no sentido de garantir a formação da opinião e da vontade política⁵²”. E o baixo clero do judiciário precisaria compatibilizar suas decisões com o texto jurídico, pois ele é a “baliza da concretização possível.”

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça teriam atuado até agora sob a bandeira do substancialismo, pois dotam o direito à saúde de um “grau de fundamentalidade que [o coloca] acima de qualquer outra regra ou princípio constitucional.” A solução, porém, não é passar ao outro extremo da equação, mas atingir um equilíbrio que Ciarlini qualifica como *agonismo*, tomando o termo emprestado ao trabalho de Mouffe, que busca um equilíbrio entre o procedimentalismo e o substancialismo, propondo o que, na visão da autora, é a condição necessária para a preservação de uma democracia plural.

A título de exemplo desse equilíbrio, Ciarlini considera o ativismo judicial algo positivo. O juiz ativista não força uma agenda ideológica ou se torna um militante, um *partisan*, mas dá primazia à ação: “podemos concordar com a afirmação de que a quebra da neutralidade do juiz não se dá apenas diante de seu ativismo, mas pode restar também evidenciada com a manifestação de atitudes conservadoras”, “[o] ativismo pode ser descrito, outrossim, como o animus que serve de motor para essa mesma ação, a qual se contrapõe à neutralidade, ao quietismo.” Para Ciarlini, o magistrado não pode ser um mero aplicador de normas, embora deva “estar ciente da complexidade

⁵² HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado Nacional. Madrid: Trotta, 1991, p. 99. *apud* Ciarlini, op. cit.

administrativa e da repercussão política de suas decisões, inclusive quanto aos aspectos financeiros referidos à eficácia de seus julgados”, o que deve ser levado adiante porque o juiz é um agente político sobre quem se lança o fardo de garantir direitos fundamentais. Ciarlini parece ter em mente o juiz Hércules de Dworkin quando propõe que toda essa fundamentação teórica das decisões de cada magistrado, e cada ponderação quanto às conseqüências da decisão no âmbito da Administração Pública farão que os juízes assumam, “às claras, os ônus decorrentes de sua postura ativista, ao se aprofundar na percepção dos efeitos de sua conduta decisória.”

No outro sentido — Isto é, de levar ao equilíbrio do agonismo também elementos associados ao procedimentalismo —, a tese de Ciarlini pede um parêntesis. Como já dito, Ciarlini identifica uma oposição entre liberdade e igualdade, e sinaliza que a liberdade está ligada à esfera pública autônoma, idéia buscada à teoria de Habermas, que se interessa por cidadãos politicamente ativos e engajados, participantes dos procedimentos decisórios tomados na democracia. Porém, desse modo Ciarlini se aproxima, ainda que por razões diversas, de parte minoritária da doutrina que aponta um outro problema para o fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo: além da violação ao princípio da separação dos poderes, por exemplo, haveria também desrespeito ao princípio da subsidiariedade, que o direito brasileiro e a doutrina católica compartilham.

É interessante ver como o direito à saúde vem temperado na nossa Constituição: em seus artigos 226, 227 e 230⁵³, ela estabelece uma ordem que não é acidental: a garantia de diversos direitos sociais recai, por ordem, sobre a família e *depois* sobre a sociedade, organizada como sociedade civil, ONGs, igrejas, para depois competir ao Estado, por exclusão. Essa extração constitucional do princípio da subsidiariedade é reconhecida por Sarlet (2007), que defende que, em se tratando de prestações positivas, deve-se levar em conta a capacidade de obtê-la diretamente ou daqueles que compõem a família — via de regra, a unidade mais próxima do problema é a adequada para resolvê-lo. A relevância dessa observação é limitada para os

⁵³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. ... Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde ... Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas ...

propósitos do nosso trabalho, pois o localismo na solução de problemas é uma idéia bela mas de improvável aplicação se os valores implicados são altos como os do Soliris, por exemplo; ainda assim, esse princípio constitucional, nunca mencionado nas decisões judiciais que concedem medicamentos de alto custo, vem à mente quando Ciarlini menciona a preservação de uma esfera autônoma, pois o manejo desses medicamentos exclusivamente pelo Estado elimina a já pequena possibilidade de que a sociedade seja livre para decidir seu próprio destino.

Ciarlini também tece considerações quanto a ponto já mencionado neste trabalho, a contrafactualidade do direito. Para ele, quem pensa as limitações fáticas às prerrogativas dos cidadãos reaviva uma discussão que já está sepultada, relativa à normatividade da Constituição. Os direitos subjetivos constitucionais estariam à parte do “mundo da vida” e num grau deontológico (dever-ser) que não pode se sujeitar a golpes que, no final das contas, reduzem a Constituição Jurídica a uma Constituição Política.

Do trabalho de Ciarlini podemos extrair duas sugestões: por um lado, devemos converter o conflito entre substancialismo e procedimentalismo em um agonismo nos moldes delineados por Chantal Mouffe; por outro lado, precisamos aumentar a participação democrática da sociedade no dilema do Judiciário.

Em primeiro lugar, o agonismo:

“O agonismo, portanto, é a condição de possibilidade da preservação de uma democracia plural, mantendo latente a tensão entre posturas *prima facie* contraditórias, sem pretender que ocorra a superação de uma delas em favor da outra. Essa tensão permanente dissolve os marcos de certeza que pontuam o cenário social na órbita da disputa política tradicional, pois supõe que a democracia, como fruto desse pluralismo, deve ser palco para indeterminações e estas não se compatibilizam com a idéia de garantia final de resultados ou a noção substantiva de bem comum. Sim, a idéia de democracia deve estar respaldada em incertezas quanto às escolhas da sociedade para a solução de suas desavenças.”

O agonismo permite que as diferenças existam, pois, numa democracia plural, ninguém pode se socorrer à razão transcendental kantiana e esperar que exista uma resposta definitiva e absoluta que pacifique a controvérsia — nesse ponto, Mouffe e Dworkin discordam, e a diferença tem peso na medida em que Mouffe defende que na interação das democracias liberais o conflito não é a exceção, mas a regra.

Assim, no cenário de indeterminação típico da democracia plural, não deveríamos buscar uma resposta definitiva, mas propiciar a “confrontação agonística entre adversários”. O agonismo nos lança à busca não pelo consenso baseado em critérios de racionalidade moderna, mas à busca de “reconhecimento e legitimação do conflito”: não há imposição autoritária de uma resposta que suprima a diferença de opinião, deve haver apenas a confrontação agonística. Respeitamos, é claro, alguns valores ético-políticos indispensáveis à constituição da democracia pluralista, mas quando correlacionamos esses fundamentos em “dissensos interpretativos”, não precisamos nem devemos estar todos de acordo.

Isso nos leva à segunda parte da solução sugerida por Ciarlini. O direito fundamental prestacional à saúde nos lança num conflito agonístico, pois bem. Esse conflito não deve ser extinto por um juiz que se agiganta como “super-ego” da sociedade⁵⁴: que examina em sua consciência, por exemplo, se o medicamento é muito caro a ponto de mitigar a aplicação da Constituição. Ao contrário. Fiéis ao objetivo de construir uma democracia plural, nós deveríamos ampliar o espaço do debate, elegendo como ferramenta para tanto a Ação Civil Pública, que pode estabelecer *ultra partes* e *erga omnes* critérios isonômicos de atendimento às reivindicações da sociedade. Os pedidos individuais se tornariam a exceção, e no processamento das Ações Cíveis Públicas seria possível engajar a comunidade na formulação, gestão e execução das ações e dos serviços públicos de saúde, por meio de conferências e conselhos. Em outras palavras, maior participação popular permitiria a elaboração de “uma norma jurídica genérica, aplicável *erga omnes* ... ocasião em que caberá ao Judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos”, com “critérios de seleção e de guia, presentes no meio social”, que subsidiassem as escolhas dos juízes. Isso seria útil, diz o autor, não só para o direito à saúde, mas também para que se posicionassem balizas ao exercício de outros direitos subjetivos constitucionais.

Nesse ponto, parece-me que Ciarlini incorre num dos dois grandes erros que o direito brasileiro comete ao se debruçar sobre o dilema dos medicamentos de alto custo. O primeiro deles, Ciarlini não comete: trata-se de buscar consolo no fato de que a

⁵⁴ Nesse ponto, Ciarlini trabalha o conceito dado na seguinte obra: MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”*. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, no 58, Novembro de 2000, p. 183-202.

judicialização da saúde beneficia mais as pessoas pobres do que as pessoas ricas. Ora, além de factualmente contestável⁵⁵, isso é uma fuga do problema: diante da moralidade questionável de um ato, porque não sabemos se é jurídica ou moralmente correto pedir em juízo um medicamento que em poucos anos custa o valor de um hospital, buscamos apoio na condição financeira de quem o pratica, é dizer, sem saber se uma ação é certa, a redimimos pela pobreza de quem a pratica.

O segundo desses erros, que se refere à democracia, Ciarlini comete. Antes de julgar a Suspensão de Tutela Antecipada 175, o Supremo Tribunal Federal promoveu audiências públicas nas quais foram ouvidos diversos segmentos da sociedade, de especialistas em saúde pública a “cidadãos indignados”. No fim das contas, o julgador precisou lançar mão de princípios elaborados por juristas e manejados por juristas.

Se à norma genérica buscada por Ciarlini o povo adicionasse tabelas determinando que cada ano de sobrevida vale R\$60,000, apenas R\$30,000 se for impossível andar, e adicionais R\$80,000 se a doença causasse muita dor, com o corte de todos os valores pela metade se os remédios não promoverem a cura mas apenas postergarem a morte — nosso problema estaria resolvido? Para começar, o horror de tabelar o valor da vida não seria menor se o ato de tabelar fosse feito a muitas mãos. Talvez fosse até maior, porque não poderia ser criticado como o arbítrio de um juiz encastelado *que não é o povo*, mas expressaria a opinião de toda a sociedade. Com

⁵⁵ Há partes do país, por exemplo o Distrito Federal, onde pessoas pobres se socorrem ao judiciário em busca de medicamentos em proporção mais alta do que as pessoas ricas, mas outras partes, por exemplo o estado de São Paulo, onde a proporção é inversa. A esse título:

Quanto a São Paulo, LIANG WANG, Daniel W. e MOTTA FERRAZ, Octavio Luiz. “Atendendo os mais necessitados? Acesso à Justiça e o papel dos Defensores e Promotores Públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo”. Revista internacional de direitos humanos. Obtido em 02.08.15 em <<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32492.pdf>>>: “o leque de ações judiciais concentra-se em bairros com necessidades de saúde baixas e médias e com desenvolvimento humano médio e elevado, e em tratamentos de complexidade média e alta, ao invés de concentrar-se no tratamento básico e preventivo de saúde”.

Quanto ao DF: CONTI, Marcela de Andrade. Avaliação das demandas judiciais por acesso a medicamentos no Distrito Federal. Dissertação de mestrado na Universidade de Brasília, 2013: “As características dos autores dos processos sugerem indivíduos menos favorecidos socioeconomicamente, em sua maioria idosos e crianças, predominantemente aposentados e estudantes, representados pela Defensoria Pública ... Apesar de não ter sido possível calcular a renda per capita, os resultados obtidos quanto às características sociodemográficas dos autores das ações judiciais podem revelar a frágil condição socioeconômica dos autores e contrastam com aqueles encontrados por alguns estudos realizados em outros estados brasileiros, como Vieira e Zucchi (27), Chieffi e Barata (15) e Machado et al (12), que mostram que os autores dos processos se apresentaram mais assistidos econômica e socialmente, representados por advogados particulares e com ocupações que exigem maior qualificação.”

efeito, tentar resolver todo problema com um incremento da democracia não passa de uma espécie de monomania⁵⁶. Ciarlini não está sozinho: quando o Projeto de Lei 8.058/2014, já mencionado neste trabalho, diz que o “processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas” será *policêntrico* e *dialogal*, qual o objetivo senão abrir cognitivamente o processo para as “opiniões da sociedade”? A ferramenta pode ser ou pode não ser a Ação Civil Pública: pois essa modalidade de ação, que nos parece tão inédita e tão recente, em verdade ainda afora um conflito entre subjetividades, como na lógica processual clássica, enquanto conflitos políticos envolvem transubjetividades; determina, no julgamento, uma prestação que poderá ser exigida de um dos polos processuais — mas quem será a parte fixa de um processo que interessa a todos? Como se condenará uma parte do Estado se a prestação envolve múltiplas esferas de gestão e orçamento?

De fato, o problema não está aí. Há uma verdade indigesta que os tribunais — mesmo o Supremo Tribunal Federal — não querem dizer: *ainda que a vida não tenha preço, ela tem custo*, e sua proteção não pode prevalecer sobre todos os outros anseios da sociedade. Isso significa que haverá ocasiões em que as fronteiras das circunstâncias nos obrigarão a dizer *não*: a negar o remédio, a assumir o papel de partícipes na tragédia. Todo médico sabe que existem escolhas trágicas, mas o jurista, adentrando o território da medicina, finge não saber.

Esperar que essa verdade nos magoe menos porque várias pessoas a dizem não faz sentido. Cabe até perguntar o seguinte: quem sugere que a democracia, sozinha, resolverá o problema dos medicamentos de alto custo, talvez deseje na verdade exculpar o julgador da morte dos solicitantes por uma espécie de sacrifício — isto é, incapazes de, como juristas, suportar nos nossos ombros o peso da morte de quem nos pede o Soliris, buscamos modos de apontar para todos e para ninguém, como culpados; de dizer que não fomos nós, mas uma coletividade incorpórea que negou o que salvaria a sua vida. Não: no dilema dos medicamentos de alto custo, a tarefa do julgador é necessariamente solitária.

⁵⁶ Aqui uma paráfrase de Oakeshott: "We tolerate monomaniacs, it is our habit to do so; but why should we be ruled by them?", *On Being Conservative*.

É sem dúvida louvável que enfrentemos o conflito entre a realização de um direito social e a supressão das liberdades políticas na esfera pública (autonomia) por meio de um atendimento racional da demanda por serviços de saúde, como Ciarlini propõe. A solução, porém, não é simplesmente mais democracia.

Conclusão

“*Icare, ' ait 'moneo, ne, si demissior ibis,
unda gravet pennas, si celsior, ignis adurat:
inter utrumque vola.*”

(Ovídio, *Metamorfoses*, Livro VIII, 205)

Dentre as nuances e incertezas do problema da judicialização da saúde, é possível desenhar pelo menos uma linha clara: a legislação infraconstitucional proíbe claramente o fornecimento judicial de medicamentos de alto custo tal como o Brasil vem praticando nos últimos anos. Seja por conta da Lei 8.080/1990 e sua regulamentação, seja por conta da Lei 12.401/2011, seja por conta das variadas portarias do Ministério da Saúde, seja pela política traçada em nosso país para a concessão de medicamentos por meio da contínua expansão da RENAME, o arcabouço legislativo sob a Constituição ambiciona ser impermeável à interferência do Judiciário, especialmente no caso dos medicamentos de alto custo.

Sendo assim, como permitimos que a judicialização nos levasse a um estado tão grave de comprometimento das contas públicas com medicamentos de alto custo?

Podemos explorar de diversas maneiras o espaço interpretativo que a Constituição abriu. Qualquer problema na letra da lei importa menos do que a interpretação que fazemos dela. No esforço de precisar o carácter e o escopo do *direito fundamental social prestacional à saúde*, os tribunais terminaram por alçá-lo a um patamar supremo na nossa Constituição, indiferente a qualquer princípio que o tempere. A interpretação que isola o direito à saúde da principiologia da nossa Constituição, como vimos, pode ser qualificada como *substancialista*, de um radicalismo que não admite qualquer oposição. Normas constitucionais, porém, sintetizam as aspirações e os sonhos da nação: elas já estão protegidas pela *contrafactualidade* do pensamento jurídico, que reduz o número de argumentos que podem ser lançados contra normas constitucionais — é *natural* que a Constituição esteja em conflito com a realidade, pois é uma realidade que a Constituição quer transformar. Embora o *substancialismo* pareça

assegurar a qualquer custo a efetividade da Constituição, ele na verdade a ameaça, pois isola o bom e necessário idealismo da nossa Constituição de qualquer outra consideração:

“Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (...) e há de se assentar sobre alguns pressupostos indispensáveis. É preciso que haja, da parte do constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos e os bens jurídicos e condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E por fim, é indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais”⁵⁷

Nesse cenário, devemos duvidar do que parece heroísmo. A decisão judicial não é espaço para que o magistrado exhiba sua magnanimidade ou a sua humildade: é espaço, na verdade, para que ele *leve a sério* as políticas públicas e tudo que as limita e faz funcionar. Só assim a interpretação se pautará pela *integridade*, para usar uma expressão de Dworkin. Se é verdade que não há modelos prévios para decisões judiciais⁵⁸, políticas públicas são desenhadas exatamente para que sirvam como modelos prévios. Já foi dito que há variadas interpretações possíveis para a Constituição Federal: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido* mediante políticas sociais e econômicas”. Garantido deste modo e não de outro: por meio de políticas públicas, que no Brasil são a progressiva incorporação dos insumos e tecnologias de saúde, no que toca aos medicamentos de alto custo.

De nada servirá que se afirme o direito à saúde se não construirmos um modelo de gestão para a saúde pública, inclusive com a cooperação do Judiciário. Os rios de tinta despejados para discutir os direitos constitucionais não valem nada se não asseguramos os meios orçamentários para financiá-los. Não adianta falar da *proibição do retrocesso social* e expandir o núcleo essencial dos direitos postos na Constituição, se esperamos cegamente que as contas fechem. Será inútil que usemos com liberalidade

⁵⁷ BARROSO, L. R. In: “A doutrina brasileira de efetividade”, Temas de Direito Constitucional, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p.71

⁵⁸ Ou *não deveria* haver: como dito mais cedo, há reprodução de iniciais e sentenças idênticas no Judiciário. Isso não passa de uma deformação do sistema, é claro.

de termos como dignidade humana, se ignoramos que as regras mais comezinhas do nosso ordenamento também se destinam a preservar a dignidade humana, um dos vetores principais da nossa Constituição. Enunciados altissonantes nos dão um conforto ilusório. Como o Ícaro da lenda, queremos escapar da ilha que nos aprisiona, uma ilha em que estamos acorrentados à escassez dos nossos recursos e às amarras legais. A solução, porém, não é nem se entregar ao poder das ondas, àquilo que está debaixo do nosso vôo e que se demora apenas no que nos limita; tampouco é voar alto demais, inebriados pela nossa própria capacidade de dizer e pensar coisas belas, sob pena de que não cheguemos a lugar algum.

Seguindo no caminho atual, transformaremos pouco a pouco o registro na ANVISA — que tem a função de avaliar se um medicamento é apropriado até mesmo para o seu uso particular em território nacional — em sinônimo de inclusão nas listas de medicamentos fornecidos pelo Estado, como se a RENAME não existisse. E levaremos também ao impasse profissionais que não são juristas: o gestor de saúde que é forçado por decisão judicial a importar um medicamento caríssimo, sem licitação e em pouquíssimo tempo, tem justo receio de violar seus deveres funcionais; e os médicos que receitam medicamentos experimentais como o Soliris, sabendo que eles serão deferidos em juízo, incorrem em infração ética⁵⁹.

No centro disso tudo, está o magistrado. Ele tem esperanças de encontrar uma panacéia: ou no estabelecimento de Núcleos de Assistência Técnica (“Câmeras Técnicas”, como são conhecidas no âmbito da medicina) para assessorá-lo, ou na improvável conciliação/negociação entre o Estado e a mãe de um bebê que sofre da síndrome de Hunter, ou, ainda, na coletivização das ações individuais em que sejam elaborados limites para os pedidos dos doentes. Tais sugestões não chegam ou não bastam, e o Brasil se vê também de mãos atadas para quebrar as patentes dos medicamentos de alto custo e produzir genéricos, porque, por um lado, os laboratórios internacionais não têm interesse de registrar na ANVISA medicamentos que o Brasil já

⁵⁹ Da Resolução CFM nº 1246-88, o “Código de Ética Médica”:
(Capítulo XII) *Ensino e Pesquisa Médica — É vedado ao médico:*
Art. 102. *Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País.*
Parágrafo único. *A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências.*
Se o medicamento não tem registro na ANVISA, que é nosso órgão competente, não pode ser receitado.

consome com tanta sofreguidão quanto o resto do mundo inteiro posto junto⁶⁰, e o Estado brasileiro tampouco tem interesse de que os medicamentos sejam registrados pela ANVISA porque, como dito, esse registro vem se deturpando em sinônimo de medicamento que o Estado pode ser pressionado judicialmente a fornecer.

Sem saída no ordenamento infraconstitucional, e sem nenhuma vontade de sujar as mãos de sangue, o magistrado se volta para a Constituição. No jogo de cartas marcadas da cognição judicial, o resultado está determinado de antemão, porque no Brasil não se aceita qualquer fundamento teórico que apóie a decisão de não dar o medicamento pleiteado: não há razão que fundamente uma sentença de morte. O problema da escassez, se chega a ser uma preocupação nos tribunais, é filtrado por meio da Constituição, como Luhmann propõe, e a interpretação do direito à saúde na Constituição, sendo substancialista, não permite liberdade de ação. Qualquer exegese tem um resultado pré-determinado: o direito à saúde é multi-facetado, mas pode e deve ser pleiteado individualmente, em juízo, sem limites — na verdade, isso não é casuística, mas sinaliza o amadurecimento político da nossa população, que descobriu os direitos que tem!

Buscar apoio apenas na Constituição nos leva a dois problemas. Nossa Constituição trata brevemente do financiamento da saúde, mas não diz nada quanto à priorização deste ou daquele paciente: anuncia apenas que o direito à saúde é igualitário e universal. Ora, o tratamento igual seria franquear o tratamento, é isto que o direito nos ensina: tratar os desiguais na medida em que se desigualem, isto é, destinar muito mais recursos em favor daqueles que precisam de mais recursos. Entra em cena um dado econômico, um segundo problema: nem todas as pessoas na sociedade têm as mesmas preferências, de modo que, dentre a totalidade das riquezas produzidas no Brasil, apenas uma parte é destinada à saúde.

Esse horizonte limite, que nos posiciona num cenário de escassez (Relativa, porque criada por nós), precisa ser admitido no mundo jurídico segundo os códigos do

⁶⁰ Essa é uma hipótese. O número de usuários dos fármacos mais caros no mundo muitas vezes não passa de alguns milhares, dado o custo do medicamento, mas o Judiciário lança sobre o Sistema Único de Saúde centenas de casos de doenças raras por ano. Os laboratórios naturalmente não são transparentes nesse ponto. Imagino que seria péssimo para os negócios mostrar que a metade da clientela de um remédio milionário está localizada num país pobre e com sistema de saúde público como o Brasil.

direito, como nos ensina Luhmann, para que assim o mundo jurídico conserve a sua autonomia. Mas a Constituição, enquanto abre espaço regulamentar para a definição de limites mínimos de investimento em saúde, não diz nada quanto aos valores máximos. A Constituição não traduz para o mundo do direito a *irritação* proveniente do sistema da economia: a teoria dos direitos fundamentais se ocupa, como diz Canotilho, sobretudo do que *deve ser* e não do que efetivamente *é*.

Ao chegar à tríplice fronteira que une o direito, a economia e a política, o magistrado conclui que não pode tomar em suas mãos o conceito da escassez e inseri-lo em sua decisão judicial. É indiferente para o mundo do direito que os recursos públicos, porque são limitados, impliquem *disputa*: ou entre quem apóia que o Estado se endivida para pagar remédios milionários e as gerações futuras, que pagarão a conta, ou entre quem judicializa e quem não judicializa.

De fato, talvez nenhum outro embate judicial conte com um contraste mais violento. A lei 8.080, como exposto neste trabalho, assegura “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV), mas o magistrado, decisão por decisão, cria um SUS com duas portas, e abandona à própria sorte a casta mais odiada pelo mundo jurídico, a casta que não está unida pela cor, pelo sexo ou pela religião, mas pelo fato de não ter se socorrido ao judiciário. Como argumentado, não se trata de torcer o sistema jurídico para que ele se curve diante de comandos da economia, não se trata de buscar soluções *eficientes* que busquem a maximização da riqueza proposta por Posner: buscar a eficiência quando o direito à saúde está tensionado a ponto de se confundir com o direito à vida é um utilitarismo digno de horror novelesco.⁶¹ A idéia é, ao contrário, simplesmente aceitar os limites de uma realidade que é escassa, e *levar a sério* as políticas públicas que nos auxiliam a lidar com a escassez.

⁶¹ Dostoiévski, Irmãos Karamazov, p. 340: “Dize-me francamente, eu te conclamo, responde: imagina que tu mesmo eriges o edifício do destino humano com o fim de, concluída a obra, fazer as pessoas felizes e finalmente lhes dar paz e tranquilidade, mas para isto é necessário e inevitável supliciar uma única e minúscula criaturinha — aquela mesma criancinha que bateu com o punhozinho no peito — e sobre as suas lágrimas não vingadas fundar esse edifício; tu aceitarias ser o arquiteto em tais condições? Responde e não mintas! ... E podes admitir a idéia de que as pessoas para quem o constróis concordem elas mesmas com aceitar a sua felicidade erigida sobre o sangue injustificado de uma criança supliciada, e, aceitando-o, permaneçam felizes para todo o sempre?”

Luhmann defende que todo sistema precisa de uma válvula de escape que lhe permita conservar sua coesão interna em situações excepcionais. O “povo politicamente unido”, diz, pode ser a instância extrajurídica que nos resgatará de muitos dilemas, e nesse sentido a sugestão de Ciarlini, de coletivizar e abstrativizar as demandas pela saúde, parece salutar. Contudo, essa coletivização será fútil enquanto não estivermos preparados para mergulhar na tragicidade da nossa escolha, a sermos *honestos*, como adverte Calabresi, quanto aos limites que nos são impostos pela nossa posição. Enquanto isso não acontecer, reuniremos em audiências públicas milhares de pessoas que não estarão dispostas a dizer claramente que a vida não tem preço, mas tem custo. Seguiremos pautados pelo Princípio do Resgate, como diz Dworkin, ignorando que, num cenário de escassez, os custos dedicados a salvar a vida de um cidadão podem causar a morte de outro.

A segunda solução se parece com a primeira, mas operaria no nível do magistrado: que os juízes mergulhem no drama do qual tentam a qualquer custo se isolar. O médico sabe que sua responsabilidade é com o paciente posto aos seus cuidados e não com aqueles que esperam do lado de fora, pois estes são, como já dito, problema dos gestores da saúde; no entanto, isso não o impede de sofrer as conseqüências da escassez e fazer o possível para usar da sua posição com justiça. Do mesmo modo, a responsabilidade pelo caos financeiro e de gestão da saúde não cabe ao magistrado, mas nada o impede de usar da razoabilidade nas demandas da saúde, de agonizar, a seu próprio modo, junto ao autor e ao réu. Nada o impede de perceber que seu papel de decisor lhe entrega uma escolha trágica, e uma decisão de várias páginas cantando o direito à saúde e menosprezando todo o resto substituirá um problema por outro talvez maior: trará uma precária paz de espírito às custas de multidões sem-nome que serão privadas de hospitais e de recursos que a Constituição também lhes assegura, oprimidas por uma interpretação radical (substancialista) que beneficia uma parte

minúscula da população em detrimento da coletividade. Será como o personagem de Dostoiévski que quer vender o mundo inteiro por um vintém só para ter tranquilidade.⁶²

Há espaço para seguir sugestão de Dworkin e buscar a *resposta correta* por meio do manejo de princípios: o princípio da proporcionalidade não é mencionado explicitamente na Constituição Federal de 88, mas a permeia de uma ponta à outra, e o equilíbrio orçamentário também tem extração constitucional se considerarmos, *inter alia*, o artigo 167⁶³. Não se fale de termos da economia: munido apenas dos princípios implícitos à Constituição, o magistrado já não tomará liberdade demais num julgamento, valendo-se de uma discricção *forte*. Ele nos aproximará do direito como integridade. No *caso difícil* dos medicamentos de alto custo, juiz está *obrigado* a buscar a resposta correta, lançando mão de decisões anteriores, certamente, mas também do seu entendimento quanto aos valores políticos do sistema.

Seja como for, o magistrado já está envolvido na tragédia. Qualquer escapada dela é uma mera ilusão. É preciso entender que palavras e promessas são fáceis, contas e planejamento são difíceis. *Everybody wants to build and nobody wants to do maintenance*.⁶⁴ O Sistema Único de Saúde não foi construído para remediar apenas as necessidades dos que tiveram menos sorte na loteria genética, mas para servir a todos os brasileiros. Quando o magistrado permite que os recursos públicos sejam usados de maneira racional, ele preserva o Sistema Único de Saúde. Para isso, é preciso deixar de lado análises casuísticas em favor de uma abordagem finalística, no escopo de concretizar as políticas públicas que existem. Isso não significa abandonar os princípios jurídicos ou admitir apenas as categorias da economia, mas abrir os olhos para o

⁶² Das Notas do Subsolo: “Te odiaba porque te había mentido. Me gusta jugar con palabras, me gusta soñar. Pero ¿sabes lo que realmente deseo? ¡Que os vayáis todos al diablo! Con eso me basta. Necesito tranquilidad. Vendería el universo entero por un copec, con tal que me dejaran tranquilo. Si me dicen que el mundo entero se hundirá a menos que yo deje de tomar mi té, mi respuesta será: «¡Que se hunda el mundo, con tal que yo pueda tomar té!”

⁶³ Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

⁶⁴ Vonnegut, Kurt. *Hocus Pocus, or What's the Hurry, Son?*. Berkley. 1991.

conflito em toda a sua intensidade, e dar o melhor cumprimento possível à nossa Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- TORRES, Ricardo Torres. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- CALABRESI, Guido, et BOBBIT, Philip. **Tragic Choices - The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York/London: W. W. Norton & Company. 1978.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.
- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law 26** (6th ed. 2003).
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.
- FERRAZ, Octavio; SUPINO, Fabíola. **“Direito à saúde, políticas públicas e desigualdades sociais no Brasil: equidade como princípio fundamental”**, Revista Dados, v.51, n.1, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 431.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **“Judicial Discretion”**. The Journal of Philosophy. Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, 1963.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Antônio Fabris. 1998.

TORRES, Ricardo lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LEMOS, Bruno Espiñeira. **Direitos fundamentais: Direito Comparado e as Constituições Brasileiras, Efetivação em precedentes do STJ**. Brasília: Fortium, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TALEB, Nassim Nicholas. **The Bed of Procrustes: Philosophical and Practical Aphorisms**. Random House, 2010.

SCRUTON, Roger. **A political Philosophy**. Bloomsbury Academic, 2007.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. Il futuro della costituzione. Torino: Einaudi, 1996. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto.

LUHMANN, Niklas. **A constituição como Aquisição Evolutiva**. (*“Verfassung aos evolutionäre Errungenschaft”*. In: *rechthistorisches Journal*. Vol IX, 1990, pp 176-220.)

LUHMANN, Niklas. **O direito como sistema social**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto. (1993: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública n.o 04, 2009**, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo and SCHWARTZ, Ida Vanessa D.. **Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses**. Cad. Saúde Pública [online]. 2012.

HAYEK, Friedrich. **Law, Legislation and Liberty, Vol. 1, Rules and Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Belknap Press. 1999.