

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS

NAIRO JOSÉ BORGES LOPES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE
MEDICAMENTOS: O DIREITO À SAÚDE ENTRE A
DIGNIDADE E A EQUIDADE**

Varginha-MG
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS

NAIRO JOSÉ BORGES LOPES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE
MEDICAMENTOS: O DIREITO À SAÚDE ENTRE A
DIGNIDADE E A EQUIDADE**

Dissertação apresentada como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Gestão Pública e Sociedade pela Universidade Federal de Alfenas, campus Varginha. Área de concentração: Gestão Pública e Sociedade

Orientador: Lincoln Thadeu Gouvêa de Frias

Varginha-MG
2014

Lopes, Nairo José Borges.

A judicialização da política pública de medicamentos : o direito à saúde entre a dignidade e a equidade / Nairo José Borges Lopes. - 2014.

98 f. -

Orientador: Lincoln Thadeu Gouvêa de Frias
Dissertação (mestrado em Gestão Pública e Sociedade) -
Universidade Federal de Alfenas, *campus* Varginha, 2014.
Bibliografia.

1. Políticas públicas - Medicamentos. 2. Direito à saúde. I. Frias,
Lincoln Thadeu Gouvêa de. II. Título.

CDD: 342.085

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS

NAIRO JOSÉ BORGES LOPES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE
MEDICAMENTOS: O DIREITO À SAÚDE ENTRE A
DIGNIDADE E A EQUIDADE**

A Banca examinadora abaixo-assinada, aprova a
Dissertação apresentada como parte dos requisitos
para obtenção do título de Mestre em Gestão
Pública e Sociedade pela Universidade Federal de
Alfenas, *campus* Varginha. Área de concentração:
Gestão Pública e Sociedade.

Aprovada em: 26/06/2014

Profº. Lincoln Frias

Instituição: Universidade Federal de Alfenas

Assinatura:

Profª. Fernanda Santinelli

Instituição: Universidade Federal de Alfenas

Assinatura:

Profº. Wesllay Carlos Ribeiro

Instituição: Universidade Federal de Alfenas

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas contribuíram para a conclusão desta etapa.

Agradeço à Marília, com amor! Pois acompanhou de perto cada passo e cada ausência, mas nem por isso faltaram o apoio e carinho de sempre. Tenho a mais pura gratidão.

Aos meus pais, por guiarem meus passos pelo bom caminho e pela ponderação.

Às crianças, Bella, Laika, Lunna e Pingo, em ordem alfabética para não ter briga.

A todos os familiares, colegas do escritório e amigos, em especial ao Paulinho (Saravá!) pela ajuda essencial e constante interlocução (“Paga um cafezinho?”).

Ao meu orientador, professor e amigo, Lincoln Frias, por acreditar no trabalho e em seu orientando, por todos os ensinamentos, incentivos, reuniões e, surpreendentemente, por me fazer deixar de lado o “juridiquês”.

A todos os servidores e funcionários da UNIFAL, aos professores do PPGPS/ICSA, em especial à Professora Fernanda Santinelli, pelo período inicial de orientação e pela contribuição para minha vida acadêmica.

Agradeço, por fim, a todos os colegas e amigos que fizeram com que essa caminhada se tornasse ainda mais agradável e bem sucedida.

RESUMO

A judicialização dos serviços de saúde é um tema controverso, pois tem grande impacto na gestão pública. O presente trabalho analisa a judicialização da política pública de assistência farmacêutica focando em como duas justificativas diferentes para o direito à saúde interferem na tensão entre os Poderes Executivo e Judiciário. Trata-se de uma pesquisa de revisão bibliográfica e de análise teórica das abordagens do direito à saúde baseadas na dignidade humana e na equidade. A principal hipótese do trabalho é de que a dignidade humana não é a justificativa mais adequada para definir as prestações na área da saúde, pois ela tende a ser tratada como um valor absoluto, o que pode levar a injustiças. Dessa forma, decisões judiciais que nela se baseiam poderiam intervir de forma indevida nas escolhas de outras instituições ao desconsiderarem aspectos relevantes do sistema público de saúde. Além da introdução e da conclusão, o trabalho possui três capítulos. O primeiro deles descreve as principais características do sistema de saúde brasileiro – em especial a política pública de assistência farmacêutica – e apresenta o fenômeno da judicialização da política de saúde. O segundo e o terceiro capítulos apresentam e examinam as justificativas da dignidade da pessoa humana e da equidade, respectivamente, e sua utilização para a tomada de decisões sobre quais prestações devem ser incluídas no direito à saúde. O terceiro capítulo analisa ainda possíveis problemas distributivos relacionados à judicialização. A conclusão é que, embora a dignidade da pessoa humana não deva ser totalmente ignorada enquanto parâmetro social, ela não deve ser o critério para a distribuição de bens no âmbito da política pública de saúde, pois desconsidera a necessidade de eliminação de desigualdades injustas e evitáveis, o papel dos determinantes sociais da saúde e a escassez de recursos. Por isso, a equidade deve ser o critério primordial das decisões judiciais sobre assistência farmacêutica.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Dignidade da pessoa humana. Equidade.

ABSTRACT

The judicialization of health services is a controversial topic since it has huge impacts on public management. This study analyses the judicialization of pharmaceutical policy focusing on how two alternative justifications of the right to health interfere on the tension between the executive and the judicial powers. It is a review of the pertinent literature and a theoretic analysis of two approaches to the right to health, the one based on human dignity and the one based on equity. The central hypothesis defended here is that human dignity is not the most adequate justification to define state obligations on health issues, given that it is suitable to be taken as an absolute value, what may lead to injustices. Thus, judicial sentences based on it may interfere unjustifiably on decisions of other institutions, since they do not take account of some important features of the public health system. Besides the introduction and the concluding remarks, the study has three chapters. The first one describes the main lines of the Brazilian health system, especially its pharmaceutical policy, and exposes the phenomenon of the judicialization of health policy. The second and third chapters describe and examine the justifications based on dignity and equity, respectively, and their role in deciding which obligations must be included on the right to health. The third chapter also investigates possible distributive problems related to the judicialization of health services. The conclusion is that, although human dignity should not be totally ignored as a social parameter, it also should not be the criterion to distribute goods in the domain of health policy, given that it ignores the need to avoid unnecessary and unfair inequalities, the role of the social determinants of health and the scarcity of resources. Therefore, equity should be the overriding criterion in judicial decision making on pharmaceutical policy.

Keywords: Right to health. Judicialization. Human dignity. Equity.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Modelo de Determinantes Sociais da Saúde.....	61
Gráfico 1 – Gastos diretos do Ministério da Saúde na compra de medicamentos, equipamentos e insumos oriundos de ações judiciais.....	11
Gráfico 2 - Gasto <i>per capita</i> com saúde no Brasil em comparação com outros países com sistema universal de saúde.....	64
Gráfico 3 - Despesas com saúde por desembolso direto.....	65
Gráfico 4 - Cobertura dos cuidados de saúde segundo a renda, em 2008.....	66
Quadro 1 - Dimensões e Indicadores de Avaliação e Monitoramento das Demandas Judiciais de Medicamentos.....	72

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advocacia Geral da União

AI – Agravo de Instrumento

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CDSS – Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde

CF – Constituição Federal

CMDE - Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional

CNDSS – Comissão Nacional sobre os Determinantes Sociais da Saúde

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNS – Conselho Nacional de Saúde

CONASS – Conselho Nacional de Secretário de Saúde

CPT - Comitê de Farmácia e Terapêutica

DMAC - Diretoria de Medicamentos de Alto Custo

DSS - Determinantes Sociais da Saúde

DST – Doenças Sexualmente Transmissíveis

GM – Gabinete do Ministro

HPN - Hemoglobinúria Paroxística Noturna

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IDH - Índice de Desenvolvimento Humano

IPVS - Índice Paulista de Vulnerabilidade Social

LOS – Lei Orgânica da Saúde

MPS – Mucopolissacaridose

MS – Mandado de Segurança

NOB – Norma Operacional Básica

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PCDT – Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas

PFPPB - Programa Farmácia Popular do Brasil

PIDESC - Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PNAF – Política Nacional de Assistência Farmacêutica

PNM – Política Nacional de Medicamentos
PSF - Programa de Saúde da Família
RE – Recurso Extraordinário
REMUME – Relação Municipal de Medicamentos
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SES – Secretaria de Estado de Saúde
STA – Suspensão de Tutela Antecipada
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TCU – Tribunal de Contas da União
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A POLÍTICA PÚBLICA DE MEDICAMENTOS NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO	16
2.1	O SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO.....	17
2.2	A POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA.....	20
2.3	A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS.....	27
2.4	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	31
3	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO JUSTIFICATIVA PARA O DIREITO À SAÚDE	34
3.1	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	34
3.2	DELIMITANDO O CONTEÚDO DA DIGNIDADE HUMANA.....	40
3.3	A DIGNIDADE COMO JUSTIFICATIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	42
3.4	CRÍTICAS AO CONCEITO DE DIGNIDADE.....	47
4	A JUSTIFICATIVA BASEADA NA EQUIDADE: A SAÚDE COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA	52
4.1	ALGUMAS NOÇÕES DE EQUIDADE.....	52
4.2	A IGUALDADE EQUITATIVA DE OPORTUNIDADES NA TEORIA DE RAWLS.....	56
4.3	A SAÚDE E SEUS DETERMINANTES SOCIAIS.....	59
4.4	O ACESSO UNIVERSAL E O FINANCIAMENTO DO SISTEMA.....	62
4.5	POSSÍVEIS PROBLEMAS DE EQUIDADE NA JUDICIALIZAÇÃO.....	67
4.6	EM BUSCA DO EQUILÍBRIO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO.....	75
5	CONCLUSÃO: O DIREITO À SAÚDE ENTRE A DIGNIDADE E A EQUIDADE	82
	REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

O medicamento *Soliris* (princípio ativo eculizumab), destinado ao tratamento de uma anemia rara denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), é considerado o mais caro do mundo (HERPER, 2010). O custo do tratamento de cada paciente equivale a aproximadamente 800 mil reais ao ano. No Brasil, diversos estados têm enfrentado muitos pedidos formulados por pacientes por meio do Poder Judiciário.

Desde 2012, o estado de São Paulo havia sido obrigado a fornecê-lo gratuitamente a pelo menos 20 pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) em decorrência de decisões judiciais.¹ Os argumentos comuns que sustentam as decisões judiciais podem ser resumidos na falta de condições financeiras do cidadão em adquirir o medicamento e na obrigação do Estado em fornecê-lo, consequência da proteção da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

O que chama a atenção nessas decisões é que o *Soliris* não está registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – agência reguladora responsável pela autorização de comercialização de produtos farmacêuticos no Brasil – e não integra o rol de medicamentos fornecidos pelo SUS, circunstâncias consideradas irrelevantes para os juízes em comparação ao risco de morte do indivíduo. Esse exemplo é paradigmático para o problema de pesquisa que será colocado em seguida.

A busca por prestações estatais na área da saúde pela via judicial recebeu a nomenclatura de “judicialização da saúde” (do direito à saúde ou da política pública de saúde²), termo que será definido e mais bem trabalhado no primeiro capítulo. Assim, demandas pelos mais diversos cuidados de saúde (medicamentos, tratamentos, internações etc.) têm aumentado consideravelmente em todo o país. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estimou cerca de 240 mil demandas no início de 2011, sendo o Rio Grande do Sul (113.953) o estado de maior número, seguido de São Paulo (44.690) e Rio de Janeiro (25.234), que estão entre os seis Estados com os melhores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil (ONU, 2013). Minas Gerais contava com 7.915 ações até setembro daquele ano (BRAGA, 2011).

¹ A consulta foi efetuada no *site* do TJSP, levando em conta acórdãos e decisões monocráticas, tendo como parâmetros de pesquisa livre: “soliris ou eculizumab”.

² Entenda-se por política pública as metas e os instrumentos de ação que o Estado define na busca pela satisfação de interesses públicos que a ele cabem proteger (DI PIETRO, 2013).

A Advocacia Geral da União (2012) realizou estudo a fim de mensurar os gastos do Ministério da Saúde com esse tipo de demanda, concluindo que até novembro de 2012 o órgão havia despendido exclusivamente na compra de medicamentos, equipamentos e insumos oriundos de ações judiciais a quantia de R\$287.844.968,16 (Gráfico 1), não incluídos gastos secundários ou acessórios, como publicação em Diário Oficial, pagamento de transportadora, seguro de transporte para entrega dos bens, custos com importação etc.

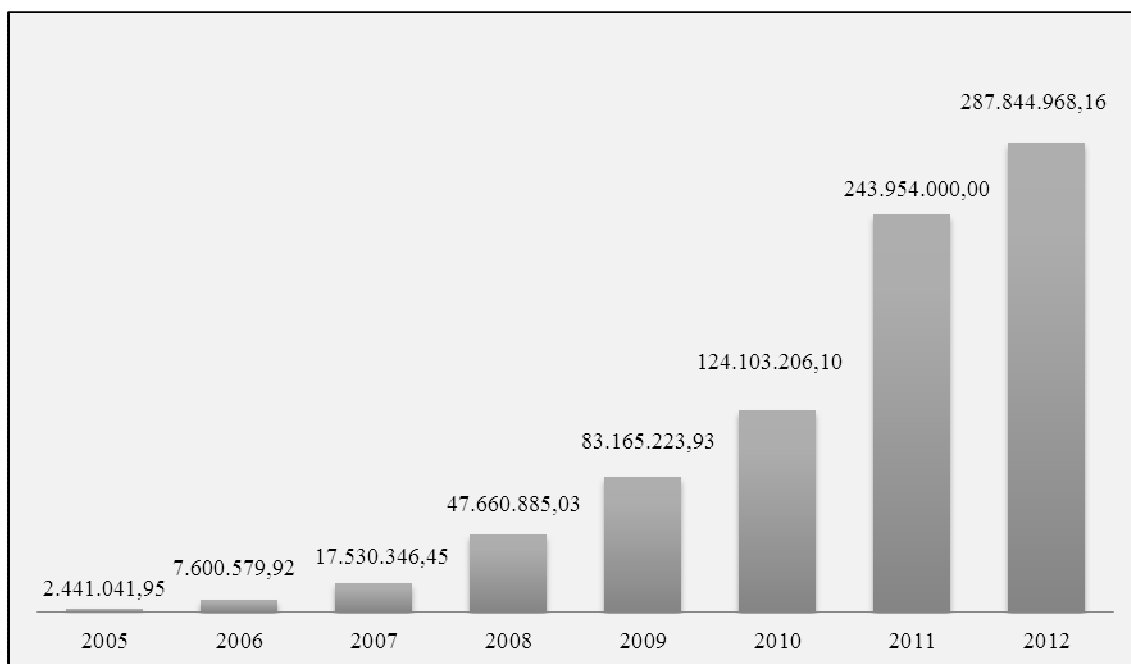


Gráfico 1 - Gastos diretos do Ministério da Saúde na compra de medicamentos, equipamentos e insumos oriundos de ações judiciais

Fonte: Elaborado a partir de AGU, 2012.

Se forem também levados em conta depósitos feitos diretamente nos processos, que permitem que o cidadão adquira por si próprio o medicamento ou outra prestação que necessite, bem como os recursos repassados aos estados e municípios quando responsáveis pelo atendimento, o valor alcança R\$348.730.256,94. Segundo o estudo, o Estado de Minas Gerais havia despendido no ano de 2010 cerca de R\$61.551.000,00 em tais aquisições, quase o dobro dos R\$34.454.000,00 destinados no ano anterior.

Por meio dessas ilustrações, infere-se que as ações judiciais na área da saúde consomem parte considerável do orçamento público, o que também gera reflexos administrativos diversos, exigindo maior atenção e especialização do gestor público para lidar com elas (AGU, 2012). Embora as questões orçamentária e administrativa não sejam as únicas implicações das decisões judiciais, elas não devem ser ignoradas.

Por outro lado, a via judicial passou a ser um importante meio de acesso dos cidadãos às prestações de saúde, seja pela recusa ilegítima do Estado em fornecer o

medicamento constante de sua política pública, seja para a obtenção de tratamentos, medicamentos ou procedimentos imprescindíveis à manutenção da vida do paciente, mesmo que não constem nas políticas públicas previamente formuladas. Por tal razão, muitos pesquisadores consideram a judicialização um instrumento de promoção da igualdade e do bem-estar (VIANNA et al., 1999, 2007; SANTOS, 2011).

Segundo essa interpretação, a judicialização da saúde pode evidenciar a má gestão dos recursos públicos, a ineficiência da política pública e, principalmente, uma via eficaz de acesso a direitos. Sem desconsiderar implicações teóricas e práticas, a obtenção de cuidados de saúde via justiça pode ser encarada como uma complexa forma de a sociedade se relacionar com o Estado, utilizando-se do Poder Judiciário como instância de realização da cidadania. Há o deslocamento da participação política para a cidadania alcançada por meio do acesso à justiça.

O fenômeno é complexo e por isso deve ser problematizado. De um lado, as decisões judiciais causam impactos orçamentários e administrativos graves, colocando em risco a sustentabilidade, continuidade ou estabilidade do sistema e da política de saúde já iniciada ou por implementar, prejudicando, em tese, o acesso de milhares de cidadãos que dela usufruem, o que causaria ou agravaria as desigualdades sociais (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013b). Nesse contexto, a situação dos gestores públicos é especialmente difícil: “O juiz me mandou internar um paciente, imediatamente, numa Unidade de Tratamento Intensivo, mas não me disse qual paciente retirar para dar lugar ao novo” (BRASIL, 2009, p. 34).

Por outro lado, a justiça por vezes é a última e mais efetiva via de acesso dos cidadãos aos cuidados de saúde e à melhoria de seu bem-estar. A judicialização pode ser positiva ao indicar problemas de gestão, como o uso indevido dos recursos públicos, o descumprimento da política pública, o descompasso entre a elaboração dos protocolos e diretrizes terapêuticas e as inovações em medicina, a ineficiência ou demora nos processos de registro de medicamentos perante a ANVISA etc. (BRASIL, 2009).

Nesse contexto, pode-se indagar: há possibilidade de estabelecer um equilíbrio entre os argumentos contrários? O fornecimento de medicamentos que não constam na política de assistência farmacêutica pode colocar em risco o atendimento a toda sociedade? Há justificativas plausíveis que fundamentam ambos os lados? Qual delas seria a mais adequada para se justificar um direito aos cuidados de saúde no sistema brasileiro?

A pesquisa busca responder a tais perguntas levando em conta as justificativas que levam o Estado a fornecer assistência à saúde às pessoas. Ainda que outras possam ser mencionadas, elegem-se duas justificativas consideradas como principais: a dignidade da

pessoa humana e a equidade. A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República brasileira (art. 1º, III, da Constituição de 1988). Símbolo da conquista do respeito pelos direitos humanos no período posterior à segunda guerra, a noção de dignidade está presente em muitas abordagens relacionadas ao bem-estar individual e social. Em resumo, o direito aos cuidados de saúde existiria para garantir a vida com dignidade às pessoas.

Sendo um princípio republicano, a dignidade deve ser observada em todos os níveis de governo, tanto na elaboração de leis ou na formulação e execução de políticas públicas quanto na tomada de decisões judiciais em situações controversas. Por ser mais explorada na literatura jurídica, a dignidade é um argumento recorrente nas decisões judiciais sobre o direito à saúde, conforme os casos abaixo ilustram:

[...] embora o Sistema Único de Saúde não forneça os medicamentos de que tratam as decisões impugnadas, eles são absolutamente necessários para que os portadores de Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN) tenham uma vida minimamente digna. (BRASIL, 2012).

[...] o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, diz que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre tantos, é zelar pela dignidade humana e pela cidadania. Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução. (BRASIL, 2004);

À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido como um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde. (BRASIL, 2008a).

A abordagem alternativa a essa considera que a saúde é um importante bem na promoção da justiça social e da equidade, cujo contorno teórico será traçado nesta pesquisa a partir de Rawls (2000, 2003), Daniels (2008, 2013) e de alguns estudos empíricos e teóricos. Nesse aspecto, o Estado deve oferecer cuidados de saúde às pessoas não pela e para a dignidade de cada uma delas, mas com o fim de evitar que o acesso aos cuidados de saúde sejam impedidos ou prejudicados em razão de desigualdades injustas e evitáveis. Isso significa que se deve buscar desde a equidade no acesso aos serviços de saúde até a distribuição equitativa dos determinais sociais da saúde, porque se entende que as desigualdades em saúde são fatores decisivos das oportunidades que os indivíduos terão durante suas vidas. Argumentos que se alinham a essa abordagem podem ser verificados nas decisões judiciais reproduzidas em seguida:

Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da

distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não está o Estado obrigado a fornecer medicamentos e insumos não padronizados pelo SUS. (MINAS GERAIS, 2013c);

[...] em que pese o infortúnio da paciente diante de sua grave situação de saúde, a tutela jurisdicional pleiteada implica ofensa ao princípio da igualdade, pois, a garantia constitucional de acesso universal e igualitário aos serviços de saúde pressupõe a distribuição dos recursos com observância do princípio da isonomia, de forma que a solução dos conflitos não se reduz ao reconhecimento abstrato do direito à saúde e do dever correlato de prestação desse serviço pelo Estado, independentemente das situações dos demais administrados. (MINAS GERAIS, 2014b).

Desse modo, esta pesquisa terá por objetivo principal identificar a justificativa mais adequada a compreender a saúde como direito e como política pública, partindo da problemática relacionada às intervenções judiciais nas políticas de fornecimento gratuito de medicamentos (judicialização). É oportuno esclarecer que o foco principal da análise será em relação àqueles medicamentos que não integram as listas do SUS, ou seja, que não encontram-se cobertos pela política pública de assistência farmacêutica.

Para isso, pretende-se também definir a judicialização da política; definir e identificar os argumentos que justificam a assistência à saúde e o fornecimento de medicamentos com base no princípio da dignidade da pessoa humana; e também definir a equidade com o objetivo de verificar quais entre as justificativas apresentadas contribuem de forma mais adequada para a delimitação do direito aos cuidados de saúde e para o processo de escolha das prestações nesse setor.

A principal hipótese do trabalho é de que a dignidade da pessoa humana não é a justificativa mais adequada para definir as prestações na área da saúde, pois ela tende a ser adotada como um valor absoluto, o que pode levar a injustiças. Dessa forma, decisões judiciais que nela se baseiam poderiam intervir de forma indevida nas escolhas de outras instituições, pois desconsiderariam aspectos relevantes do sistema público de saúde.

Adverte-se que este trabalho não pretende esgotar a temática, mas contribuir para a compreensão de uma parte do problema, que diz respeito à justificação para o direito à saúde no sistema brasileiro. O esclarecimento do problema poderá contribuir para a melhor compreensão do gestor público sobre as causas e as circunstâncias desse fato cotidiano que é a judicialização. Espera-se que os profissionais e pesquisadores que tratam do assunto reflitam que não apenas o conhecimento técnico especializado sobre seu setor de atuação é necessário, mas também o diálogo e a inter-relação com diversas áreas do conhecimento, que decidem e fazem escolhas com base em premissas variadas e, por vezes, controversas. De toda maneira, a visão interdisciplinar sobre o problema poderá auxiliar na solução de questões práticas e

teóricas que resultem na melhoria de todo o sistema e reflitam positivamente sobre a sociedade.

2 A POLÍTICA PÚBLICA DE MEDICAMENTOS NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO

O processo de redemocratização ocorrido no Brasil nos anos 1980 levou a diversas mudanças constitucionais, que se refletiram na política, nas instituições, na economia, na sociedade e em muitos outros setores. Esse movimento histórico de transição para a democracia, representado simbólica e concretamente pela Constituição de 1988, propiciou ao Brasil seu mais bem sucedido período de estabilidade institucional.

Este trabalho não pretende oferecer interpretações exaustivas da Constituição brasileira, mas possui, necessariamente, como pano de fundo a previsão constitucional do art. 196, segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988). Essas poucas linhas contêm, de uma só vez, a conquista do direito social e universal à saúde e o início do problema referente aos limites do dever do Estado em oferecer cuidados de saúde aos seus cidadãos.

A previsão constitucional é um pouco vaga, fazendo surgir interpretações diversas sobre o que o Estado deve fornecer para a garantia do direito à saúde. Se é dever do Estado promover, proteger e recuperar a saúde de seus cidadãos, qual deve ser a abrangência das ações e serviços de saúde para atingir tal finalidade? A resposta a essa pergunta pressupõe a existência de decisões, as quais, segundo afirmado, necessitam estar adequadamente justificadas. A divergência entre as interpretações e respostas resulta na judicialização, em que cidadãos alegam possuir direitos violados ou não reconhecidos pela Administração Pública, iniciando-se a inevitável tensão entre instituições guiadas, por um lado, pela razão política e, por outro, pela razão jurídica.

Embora os gestores públicos convivam, cotidianamente, com diferentes atores políticos em todos os níveis governamentais, bem como com instituições privadas e indivíduos ou grupos sociais variados, um problema muitas vezes omitido nas abordagens gerenciais diz respeito à inter-relação entre Administração Pública e Poder Judiciário, especificamente os conflitos e dilemas oriundos de ações judiciais na saúde. Desse modo, busca-se contribuir para a compreensão do objeto multifacetado que é a judicialização da política pela gestão pública.

A discussão está de acordo com os principais temas de análise de políticas de saúde no Brasil, pois trata dos dilemas enfrentados pela gestão pública decorrentes de novos arranjos institucionais que levam à modificação da teoria clássica da separação de poderes (VIANA; BAPTISTA, 2012; CUNHA JÚNIOR, 2010). Assim, a própria gestão pública passa a ser afetada pelas transformações contemporâneas do Estado (SANTOS, 2011), surgindo a necessidade do gestor público não somente lidar, de forma racional, razoável e eficiente, com as decisões judiciais que influenciam diretamente seu cotidiano, mas também de identificar possíveis falhas na política pública, evidenciadas pela judicialização.

Previamente à abordagem direta da tensão envolvida em relação às justificativas para o direito à saúde, é importante e prudente contextualizar – ainda que brevemente - o sistema de saúde brasileiro, a partir de algumas de suas principais características. Além disso, neste capítulo inicial será estudada como se estrutura a política pública de assistência farmacêutica, focando em seus principais componentes e em seu ciclo. Feito isso, insere-se a discussão da judicialização da política, cuja assimilação permitirá compreender o contexto em que se dão as justificativas apresentadas para o direito à saúde.

2.1. O SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

Sistema de saúde é o conjunto de relações políticas, econômicas e institucionais que conduzem os processos de concretização do direito à saúde por meio de organizações, regras e serviços, destinados a alcançar os resultados condizentes com a noção de saúde em uma sociedade. A configuração dos sistemas de saúde varia de acordo com cada país, mas, de modo geral, possuem como objetivo comum lidar com os problemas relativos à saúde enfrentados pela sociedade, desde alimentação, saneamento, cuidados específicos de saúde, até a proteção do meio ambiente (LOBATO; GIOVANELLA, 2012).

Por isso, ele pertence a um sistema abrangente de proteção social, pois a saúde das pessoas é influenciada por fatores diversos, não só biológicos, mas também ambientais, laborais, sociais etc., contexto no qual se inserem as pesquisas sobre os determinantes sociais da saúde (DSS) que serão estudados no terceiro capítulo. No Brasil, a saúde integra o sistema de seguridade social, ao lado da assistência e da previdência social (art. 194, da Constituição Federal de 1988). A seguridade social possui muitos objetivos, dentre eles a universalidade da cobertura e do atendimento, a seletividade e distributividade dos benefícios e a equidade na forma de participação no custeio (IBRAHIM, 2011; BRASIL, 1988).

A origem histórica das políticas de proteção social no mundo decorre do processo de industrialização do século XIX, que gerou movimentos de protesto, lutas e mobilização política que denunciavam a contradição entre a igualdade abstrata diante da lei e a condição real de exclusão em que estava imersa boa parte da sociedade trabalhadora na época. A resposta a tais manifestações veio com a previsão dos direitos sociais, cujas prestações são dependentes da ação estatal (COMPARATO, 2010; ZIPPELIUS, 1997). Desenvolveram-se, assim, sistemas de provisão de bens e serviços de saúde, educação e assistência, que formaram a característica marcante dos estados de bem-estar social (*welfare states*) (FLEURY; OUVÉRY, 2012; DALLARI, 2010).

No Brasil, a saúde não era vista como um direito social universal (para todos). Somente nos anos 1930 houve a expansão do sistema de proteção social, embora de forma desigual e fragmentada. E até a instituição do SUS, em 1988, ela não era acessível a todos os cidadãos sem vínculo empregatício e era vinculada à previdência social e seu orçamento (PAIM et al., 2011).

O cenário modificou-se substancialmente com a redemocratização na década de 1980. A 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986) abordou temas como a equidade, o acesso universal e igualitário, o aumento do financiamento público e dos poderes de participação da sociedade, dentre outros temas, construindo as bases para a criação do SUS (SCOREL, 2012).

O sistema de saúde brasileiro atual é denominado de misto, pois conjuga organizações públicas e privadas, que formam cada qual um subsistema próprio. Paim et al. (2011) dividem o sistema em três subsectores: o público, com serviços financiados e providos pelo Estado nos três níveis de governo; o privado, financiado por recursos públicos e privados; e o suplementar, integrado por planos e seguros privados de saúde.

O SUS, que representou a grande conquista do Movimento de Reforma Sanitária idealizada na 8ª Conferência, começou a ser implantado no início dos anos 1990, com a aprovação da Lei Orgânica da Saúde - LOS (BRASIL, 1990). Como parte principal do sistema de saúde brasileiro, algumas considerações específicas merecem ser realizadas, ainda que de forma pouco aprofundada.

O SUS ocupa o papel de condutor da política pública de saúde no Brasil. Seus princípios e diretrizes orientam a ação de órgãos públicos de saúde em todo o território nacional, incorporando em sua estrutura espaços e instrumentos para a democratização da gestão e do processo de tomada de decisões (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2012). De acordo com a Lei Orgânica da Saúde, o SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da

Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (BRASIL, 1990).

A partir daí podem ser consideradas algumas dimensões em que o SUS se concretiza, a saber: as atividades, que levam em conta tanto o caráter individual quanto coletivo do direito à saúde, voltadas à promoção, prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação de agravos e doenças; os serviços, que são prestados no âmbito ambulatorial, hospitalar e nas unidades de apoio de diagnóstico e terapêutico, além do próprio ambiente domiciliar; os diferentes níveis de complexidade das ações, variando desde vacinas e consultas médicas até cirurgias e outros procedimentos de maior complexidade; intervenções ambientais amplas, nas condições sanitárias e laborais, por exemplo; e nas instituições públicas competentes para executar o controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, sangue e hemoderivados e equipamentos para a saúde (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2012).

Os principais princípios e diretrizes do SUS, estabelecidos por sua Lei Orgânica, são: a universalidade de acesso em todos os níveis de assistência; a igualdade, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; a integralidade; a participação da comunidade; e a descentralização político-administrativa. Os três primeiros serão trabalhados detalhadamente no terceiro capítulo

A participação, sobretudo em nível municipal, é também consequência da organização descentralizada do sistema público de saúde nos três níveis de governo. A redemocratização brasileira impôs aos municípios assumir novos papéis, antes de competência da União ou dos estados, com finalidades sociais (assegurar condições mínimas de bem-estar) e econômico-desenvolvimentistas (ações em âmbito local que envolvem o estabelecimento de um novo tipo de relacionamento com o setor privado) (ABRUCIO; COUTO, 1996).

A política de saúde replicou tal sistemática ao dispor sobre a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo e com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios, com previsão na Lei Orgânica da Saúde, art. 7º, IX, “a” (BRASIL, 1990), posteriormente instrumentalizada pela Norma Operacional Básica de 06 de novembro de 1996 (NOB-SUS n. 1/96). Assim, são redefinidas as responsabilidades dos entes federativos, com foco nos estados e municípios, com a finalidade de promover a democratização, melhorar a eficiência, a efetividade e os mecanismos de prestação de contas e acompanhamento de políticas públicas (*accountability*) (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2012).

Desse modo, a descentralização é atingida dentro de uma rede de atenção à saúde, ao estabelecer a distribuição das ações e serviços por níveis de atenção (hierarquização) segundo necessidades diferenciadas de saúde e dinâmicas territoriais específicas (regionalização). Os níveis de atenção podem ser o básico, relacionado aos procedimentos cotidianos mais necessários, como vacinas e consultas, ou o especializado, para procedimentos menos frequentes, como cirurgias cardíacas, ressonância magnética, transplantes etc. A noção de rede permite ao usuário do sistema adentrar ao nível especializado, quando necessário, e retornar à sua unidade básica de origem para acompanhamento.

O processo de descentralização impulsionou o foco da oferta de serviços no SUS para a atenção básica, que é definida por diversas estratégias organizacionais, como o Programa de Agentes Comunitários de Saúde e o Programa de Saúde da Família (PSF), este figurando-se como um dos principais meios de acesso desde 1998 (PAIM et al., 2011). O PSF é formado por equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde com a finalidade de acompanhar as famílias em uma área geográfica definida. Em 2008, estimava-se que 47,7% (correspondente a 27,5 milhões) dos domicílios brasileiros estavam cadastrados no PSF (IBGE, 2010).

2.2. A POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

A partir de agora será analisada a política de acesso a medicamentos no Brasil, como parte das ações e serviços que compõem o direito à saúde. Embora os medicamentos, por si, não sejam capazes de atuar sobre todos os determinantes da saúde da população, eles são um bem importante na política pública de saúde, pois largamente utilizados e empregados tanto na prevenção quanto no diagnóstico e tratamento de enfermidades. Além disso, os medicamentos figuram como as principais demandas sociais da judicialização. Desse modo, as considerações gerais sobre o direito à saúde elaboradas neste trabalho devem ser ponderadas com as características peculiares da política de medicamentos, que será o objeto do estudo a partir de agora.

A análise do acesso e do uso de medicamentos pela população brasileira comporta diversos enfoques. Considerando o objeto desta pesquisa, optou-se por apresentar a estrutura e a organização da política pública de medicamentos no Brasil para, posteriormente, analisar se a judicialização pode afetá-la e as circunstâncias em que isso ocorre. Um aspecto importante que não será detalhado diz respeito ao papel exercido pela indústria farmacêutica na

incorporação de novos medicamentos às listas do SUS, o que representa o polêmico papel do mercado farmacêutico na indução da política pública.

De acordo com o Ministério da Saúde (BRASIL, 2011a), dentre os serviços mais utilizados no SUS, a assistência farmacêutica está em segundo lugar, atrás apenas das consultas médicas. O medicamento é o principal gasto que as famílias brasileiras possuem com relação à saúde (GARCIA et al., 2013), qualificando-se, em contrapartida, como importante elemento na promoção da melhoria das condições de saúde das pessoas.

A assistência farmacêutica existe como política pública no Brasil desde 1930, quando a venda de medicamentos passou a ser obrigação das instituições previdenciárias vinculadas ao Instituto de Aposentadorias e Pensões (BERMUDEZ; OLIVEIRA; LUIZA, 2012). No entanto, há quem identifique o seu surgimento como obrigação do Estado somente em 1971, com a criação da Central de Medicamentos (CEME), sendo responsável pela assistência farmacêutica até o ano de 1997, época em que suas atribuições se transferiram para órgãos do Ministério da Saúde (CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2011). A Lei Orgânica da Saúde inclui dentre as ações do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, I, *d*), e como campo de atuação a formulação da política de medicamentos (art. 6º, VI), concluindo que os medicamentos integram o direito aos cuidados de saúde.

A partir de 1998, o acesso a medicamentos pela população brasileira passou a ser regulado pela Política Nacional de Medicamentos (PNM), aprovada pela Portaria n. 3.916/98, do Ministério da Saúde, com o propósito de garantir a segurança, eficácia e qualidade dos produtos; a promoção do uso racional; e o acesso da população àqueles medicamentos considerados essenciais. Suas principais diretrizes são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária. Ela se configura como o documento oficial do Estado ao expressar o compromisso com a regulação do setor farmacêutico e com a promoção do uso racional e do acesso da maioria da população a medicamentos essenciais de comprovada qualidade, eficácia e segurança (BRASIL, 2001).

Alguns conceitos fundamentais da PNM merecem ser destacados, dentre eles o de uso racional e do acesso da população aos medicamentos considerados essenciais. A racionalidade é o processo que compreende a prescrição apropriada, a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis, a dispensação em condições adequadas e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes,

seguros e de qualidade. Já os medicamentos essenciais são aqueles destinados a atender às necessidades de saúde comuns e prioritárias da população (OMS, 2002).

A fim de consolidar a assistência farmacêutica no SUS, o Ministério da Saúde, por meio do Conselho Nacional de Saúde (CNS), elaborou em 2004 a Resolução n. 338, criando a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), que estabelece políticas intersetoriais, como: políticas de medicamentos, ciência e tecnologia, desenvolvimento industrial, formação de recursos humanos, entre outras, garantindo a intersetorialidade inerente ao SUS, envolvendo tanto o setor público como o privado de atenção à saúde (BRASIL, 2006). Na PNAF, a assistência farmacêutica é definida como um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, individual ou coletivamente, tendo o medicamento como insumo essencial, visando ao acesso e ao seu uso racional.

A descentralização da gestão e o compartilhamento de competências na área da saúde (art. 23 da Constituição de 1988) aplica-se também à assistência farmacêutica, pois cada ente deverá elaborar as suas próprias listas de medicamentos (BARROSO, 2009). Assim, cabe ao gestor federal do SUS tanto a elaboração da PNM quanto a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que compreende os produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias da população, respeitadas as diferenças regionais.

A RENAME deve ser revista permanentemente, garantindo sua atualização contínua com a finalidade de atingir a segurança, a eficácia terapêutica, a qualidade e a disponibilidade dos produtos. A revisão deve ser feita pelos órgãos do Ministério da Saúde com a participação dos gestores estaduais e municipais, que implementam essa política, aliados a instituições científicas que atuam na área farmacêutica.

Já em nível estadual são fornecidos medicamentos que integram o denominado Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE), conforme dispõe a Portaria n. 2.577/GM, de 2006 (BRASIL, 2006). Nesse componente inserem-se medicamentos destinados ao tratamento de agravos de saúde que se identificam com os seguintes critérios: (a) doença rara ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado; e (b) doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro

clínico de maior gravidade, ou o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.

Nesse sentido, o fornecimento de medicamentos que integram o CMDE deverá obedecer aos critérios de diagnóstico, indicação e tratamento, inclusão e exclusão de pacientes, esquemas terapêuticos, monitoramento, acompanhamento e demais parâmetros contidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PC/DT) estabelecidos pelo Ministério da Saúde para os medicamentos de dispensação excepcional, de abrangência nacional.

Cada PC/DT é detalhado por um documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos a serem seguidos pelos gestores do SUS. Os protocolos representam importante avanço na assistência farmacêutica, pois a partir de sua criação a dispensação de medicamentos no setor público torna-se ainda mais padronizada, possibilitando maior controle do gestor e segurança ao usuário, pois são elaborados com base em evidências científicas, incorporando-se, conforme Dallari (2010), ao movimento da chamada medicina baseada em evidências.

Cabe aos estados também o fornecimento dos medicamentos classificados como de alto custo, que fazem parte do Componente Especializado de Assistência Farmacêutica, cuja regulamentação mais recente se deu pela Portaria n. 1.554/GM, de 30 de julho de 2013 (BRASIL, 2013a). Em Minas Gerais, por exemplo, a gestão do programa é de responsabilidade da Superintendência de Assistência Farmacêutica (SAF), por meio da Diretoria de Medicamentos de Alto Custo (DMAC), da Secretaria de Estado de Saúde (SES/MG). A dispensação dos medicamentos ocorre nas Farmácias das Superintendências e Gerências Regionais de Saúde em todo o estado (MINAS GERAIS, 2014a).

Ao município cabe, dentre outras atribuições definidas na PNM, elaborar a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME), com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população, assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população, integrando sua programação à do estado, visando garantir o abastecimento de forma permanente e oportuna, bem como adquirir, além dos produtos destinados à atenção básica, outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde (BRASIL, 2001).

Além das listas ou relações de medicamentos de cada esfera do governo, outras importantes medidas têm sido tomadas com a finalidade de garantir o acesso da população aos

medicamentos de que necessitam. Uma delas se refere à política de medicamentos genéricos que se destina a impulsionar a competição do mercado de medicamentos via preço, baseando-se em duas estratégias principais: o uso de denominação genérica dos medicamentos em todas as fases de sua utilização e a disponibilidade de equivalentes intercambiáveis com medicamentos de marca (BERMUDEZ; OLIVEIRA; LUIZA, 2012).

Outro importante modelo de promoção do acesso a medicamentos está relacionado ao Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPB), instituído em 2004, que se baseia em copagamentos, ou seja, os medicamentos são vendidos a preços baixos com uma parte de seu custo financiada pelo Estado. O PFPB funciona em três modalidades: (a) a Rede Própria, estabelecida pela União com base em parcerias com outros entes federativos ou entidades filantrópicas, totalmente padronizada em termos estruturais, sendo que nela os cidadãos pagam por um custo aproximado em 10% do preço do medicamento vendido em farmácia; (b) a modalidade denominada Aqui Tem Farmácia Popular (2006), que prevê o credenciamento de farmácias da rede privada para a venda subsidiada de medicamentos para o tratamento de hipertensão e diabetes; (c) e o programa Saúde Não Tem Preço (2011), que fornece medicamentos para hipertensão arterial e diabetes *mellitus* nas unidades próprias ou mediante credenciamento (BERMUDEZ; OLIVEIRA; LUIZA, 2012).

De um modo geral, pode-se dizer que a assistência farmacêutica é financiada pelos três níveis de gestão do SUS, sendo que o financiamento dos medicamentos é estruturado em quatro componentes: (a) básico: destinado à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da atenção básica; (b) estratégico: destinado ao custeio de medicamentos, insumos e produtos para os programas estratégicos relacionados a controle de endemias (tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional e regional), programa de DST/Aids (antirretrovirais), Sangue e Hemodiálise, Imunobiológicos, Combate ao Tabagismo e Alimentação/Nutrição; (c) especializado: destinados ao custeio de medicamentos de alto custo ou de dispensação em caráter excepcional, financiados conjuntamente com os Estados e o Distrito Federal; e (d) de organização da assistência farmacêutica: destinados ao custeio de ações e serviços específicos dessa atuação (BRASIL, 2006; BERMUDEZ; OLIVEIRA; LUIZA, 2012).

Um aspecto final que merece relevância para a discussão relaciona-se ao ciclo da assistência farmacêutica (CONASS, 2011; BRASIL, 2006), que se baseia em uma perspectiva sistêmica que compreende desde a seleção do medicamento até a sua dispensação. Qualquer alteração inesperada na cadeia de procedimentos do ciclo pode prejudicar as fases subsequentes, gerando, ao fim, a má prestação dos serviços e a redução da efetividade da

política pública. A pesquisa buscará expor cada fase do ciclo, mas para um estudo pormenorizado e técnico sobre cada uma faz-se remessa à publicação “Assistência Farmacêutica na Atenção Básica: instruções técnicas para sua organização”, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2006) e à cartilha “A Assistência Farmacêutica no SUS” (CONASS, 2011), que auxiliaram a maior parte do estudo que se segue.

A primeira fase do ciclo é a (1) seleção de medicamentos, etapa inicial e decisiva para assegurar o acesso dos cidadãos, que tem por finalidade estabelecer a relação de medicamentos no âmbito da competência de cada gestão, cujas escolhas devem partir de uma Comissão ou Comitê de Farmácia e Terapêutica (CPT) ou Comissão de Padronização de Medicamentos. A seleção deve basear-se em critérios técnico-científicos, levando em conta a segurança, a eficácia, o custo-efetividade, o valor terapêutico comprovado do medicamento, propiciando a racionalização de seu uso, a harmonização de condutas terapêuticas e o direcionamento do processo de aquisição e produção.

A publicação dos medicamentos selecionados deve vir acompanhada de um formulário terapêutico, que informe as indicações e contraindicações, precauções, efeitos adversos, forma e cuidados de administração, orientações ao paciente e demais aspectos farmacêuticos relacionados ao medicamento, com a finalidade de orientar e subsidiar os profissionais de saúde na prescrição e dispensação e os usuários na utilização. Por isso, a seleção deve ser precedida da participação do maior número de especialidades médicas e de profissionais de saúde para se configurar efetiva e adequada.

No entanto, a fase de seleção não se limita à escolha do medicamento, mas compreende outras etapas, como as fases política, técnico-normativa, de seleção, de divulgação e implantação e, por fim, de elaboração do formulário terapêutico.

A segunda fase do ciclo é a (2) programação de medicamentos, que se trata de garantir a disponibilidade do produto na quantidade e tempo adequados para atender as necessidades dos cidadãos, ou seja, estima-se a quantidade de medicamentos a ser adquirida para o abastecimento em um determinado período de tempo. Os dois fatores principais que deve levar em consideração são os recursos disponíveis e as prioridades de saúde de cada localidade.

A programação pressupõe uma base informacional confiável para o adequado planejamento das aquisições. As informações podem ter por base: o perfil epidemiológico da população (morbimortalidade), o consumo histórico, o consumo ajustado, a oferta de serviços, os níveis de atenção, a cobertura assistencial, a infraestrutura, os recursos humanos, os mecanismos de controle e acompanhamento, dentre outros. Exige-se, assim, a especialização

do gestor e dos envolvidos no planejamento para uma aquisição eficiente (na quantidade e tempo corretos) e capaz de atender às demandas dos cidadãos.

A terceira fase do ciclo é a (3) aquisição, que compreende os meios de compra dos medicamentos. Nessa fase trabalham profissionais ligados a diferentes áreas: jurídica (para avaliar a adequação das compras à lei, pois são feitas mediante procedimento de licitação), técnica (atendimento dos medicamentos às especificações técnicas), administrativa (verificação de cumprimento de prazos de entrega) e financeira (disponibilidade financeira e orçamentária e avaliação de mercado).

São necessários muitos fatores para que o processo de aquisição seja bem executado, dentre eles: a existência de uma política de aquisição que englobe todas peculiaridades dessa fase; a programação das compras; a existência de relação de medicamentos essenciais; pessoal qualificado; normas e procedimentos operacionais com definição explícita das responsabilidades e fluxo operacional do processo de compras; sistema de informação e de gestão de material eficientes, articulação permanente com as diversas áreas ou setores envolvidos nessa fase; cadastro de fornecedores; e um catálogo de compras ou manual de especificação técnica (BRASIL, 2006).

A quarta fase do ciclo de assistência farmacêutica envolve o (4) transporte, armazenamento e distribuição de medicamentos. Aqui são verificados aspectos relacionados à segurança e adequação dos meios de transporte e armazenamento às normas técnicas e sanitárias, garantindo a preservação dos produtos e sua identificação até à efetiva dispensação aos cidadãos.

Por fim, a última fase diz respeito à (5) dispensação dos medicamentos. É importante deixar claro que a dispensação é mais abrangente que a mera entrega do medicamento ao cidadão. Segundo a PNM, a dispensação é

o ato profissional farmacêutico de proporcionar um ou mais medicamentos a um paciente, geralmente como resposta à apresentação de uma receita elaborada por um profissional autorizado. Nesse ato, o farmacêutico informa e orienta o paciente sobre o uso adequado do medicamento. São elementos importantes da orientação, entre outros, a ênfase no cumprimento da dosagem, a influência dos alimentos, a interação com outros medicamentos, o reconhecimento de reações adversas potenciais e as condições de conservação dos produtos (BRASIL, 2001, p. 34).

O ato de dispensação possui como finalidade assegurar o uso racional do medicamento e a garantia de sua máxima potencialidade terapêutica. Nessa etapa é analisada a adequação da prescrição médica às normas técnicas e administrativas, bem como realizada a adequada orientação ao paciente pelo profissional farmacêutico. Podem ser elencados alguns requisitos para uma adequada dispensação de medicamentos: prescrição racional, informação

correta, simples, objetiva e compreensível; existência de instrumentos que facilitem a orientação ao paciente; e o acompanhamento da utilização (BRASIL, 2006).

A dispensação é, portanto, o ato que encerra o ciclo de assistência farmacêutica. Por meio dela é que o usuário do sistema tomará contato com a política de medicamentos, daí sendo possível vislumbrar a responsabilidade do profissional incumbido de promover e valorizar a ligação entre o cidadão e o bem por ele demandado.

Observa-se que a política pública de assistência farmacêutica envolve processos complexos de escolha e decisão, com o fim de levar ao usuário do sistema de saúde o medicamento necessário ao seu quadro clínico. A regulamentação existente e os processos gerenciais não impedem as falhas do sistema e os casos não cobertos pela política pública. Muitas vezes o cidadão não satisfaz sua necessidade por determinado medicamento, seja por falha no serviço, seja pela falta de previsão na política pública, o que refletirá, em muitos casos, no apelo à justiça. Assim, o direito universal de acesso à justiça torna-se um meio efetivo para as pessoas obterem os medicamentos de que necessitam, mas também se configura como um problema, pois implica em deslocar o local da decisão político-administrativa para a judicial. As questões relacionadas a esse problema serão agora analisadas.

2.3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Na arena pública e institucional contemporânea, o Poder Judiciário tem aparecido com destacado papel. Seja em países onde predomina o direito baseado em costumes e em decisões judiciais – onde se enfatiza naturalmente a atividade judicial –, seja em países onde prevalece e se valoriza o direito legislado – como no Brasil –, a ênfase no papel do juiz ocupa o debate nas principais democracias do mundo (TASSINARI, 2013; VIANNA, 2013).

À época do surgimento do liberalismo o parlamento era o detentor da vontade geral do povo ou, sob as políticas do *welfare state*, o Executivo era o condutor da satisfação dos direitos sociais. Recentemente, na segunda metade do século XX, o Poder Judiciário assume o importante papel de guardião dos direitos agora reconhecidos nas constituições democráticas (STRECK, 2011; SANTOS, 2011). Atualmente, é também crescente o interesse da sociedade por seus direitos e por questões discutidas e decididas no Judiciário. E o motivo para isso parte tanto do campo institucional quanto da própria sociedade.

De um lado, busca-se cada vez mais levar às pessoas o conhecimento de julgamentos e decisões importantes do país, por exemplo, por meio da veiculação das sessões do Supremo

Tribunal Federal (STF), ou mesmo em sua reprodução a partir dos meios de comunicação. De outro lado, a sociedade está mais consciente de seus direitos, seja por uma incipiente preocupação por questões ligadas à “corrupção” e ao exercício do poder (o que abrange uma ampla gama de condutas criminosas e antiéticas), seja por problemas que afetam, diária e diretamente, a vida de cada pessoa, como questões ligadas a relações de consumo, direitos de minorias, reconhecimento de novos direitos, problemas de acesso às políticas públicas etc. (BARROSO, 2009). Para Santos (2011), esses fatos refletem a consciência dos cidadãos de que os processos de mudança constitucional lhes deram importantes direitos, passando a enxergar nos tribunais um instrumento para incluir no contrato social as suas reivindicações.

Nesse contexto, destaca-se o papel do juiz e dos tribunais em diversos aspectos da vida social e política, o que representa processos complexos de mudanças institucionais na relação entre os poderes. Barroso (2009) afirma que houve uma ascensão institucional do Poder Judiciário, que levou os juízes a deixarem de compor um departamento técnico especializado, passando a desempenhar papéis políticos, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Mas a que isso se deve? Por que o direito e as instituições judiciais hoje expandiram seu horizonte e influenciam (ou mesmo assumem) a tomada de decisões sobre temas que, clássica e tradicionalmente, não lhe eram habituais?

Este trabalho não pretende traçar o longo percurso histórico que culminou na presença do Judiciário na política, mas apontará alguns motivos para isso ter ocorrido. No Brasil, por exemplo, durante boa parte do século passado o Estado preocupou-se com a regulamentação do executivo e sua burocracia, incluindo o Judiciário como parte de seu aparato. Além disso, o Estado desenvolvimentista dos anos 1950-1960 não via os tribunais como parte das estratégias para superação do subdesenvolvimento (SANTOS, 2011).

Somente após o término dos regimes ditatoriais no final do século XX o Judiciário alcançou proeminência, que se manifestou em três campos: na garantia de direitos, no controle da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política. De um modo geral, isso ocorre após o declínio do Estado intervencionista, seja de feição desenvolvimentista, seja o relacionado às políticas de *welfare* na Europa. Em consequência, dois polos de proteção de direitos incorporam-se ao Judiciário: o primeiro, relacionado às regras de mercado e aos contratos/negócios privados, que exigem rapidez, eficácia, segurança e estabilidade nas decisões judiciais; o segundo está relacionado à garantia dos direitos sociais e econômicos não cumpridos pelas instâncias políticas, polo este no qual reside o fenômeno da judicialização que aqui será estudado.

Além disso, existe o fato de a Constituição de 1988 ter contribuído para o protagonismo do Judiciário no Brasil, acompanhando as mudanças que já vinham sendo observadas em muitas democracias pelo mundo (VIANNA et al., 2007; SANTOS, 2011; MOTTA, 2012; STRECK, 2011). Fatores constitucionais diversos podem ter contribuído para a ampliação dos objetos de decisão dos tribunais, podendo ser destacados alguns: o extenso catálogo de direitos fundamentais; a ampliação do acesso à justiça, seja por meio das instituições de representação de classes, seja pela institucionalização da Defensoria Pública e do Ministério Público; por mudanças da própria teoria do direito e da jurisprudência; e o combate à corrupção pelo (no) Judiciário.

O debate em torno da judicialização pode se dar de duas formas: (i) normativamente, ao analisarem-se questões como a supremacia da Constituição (constitucionalismo) sobre os atos do parlamento e do executivo (democracia); e (ii) analiticamente, cuja abordagem se preocupa com o ambiente político-institucional e com a avaliação do processo de judicialização da política e das relações sociais (CARVALHO, 2004). Esta pesquisa preocupa-se predominantemente com o segundo núcleo de discussões, embora não desconsidere por completo a primeira forma.

A definição ou a conceituação da judicialização da política e das relações sociais (ou somente judicialização) pode variar no tempo e no espaço. De um modo geral, esse fenômeno reflete as novas demandas por direitos e compreende também as intervenções judiciais na política em países democráticos. Ela tem sido estudada por pesquisadores de todo o mundo, inclusive levando em conta as peculiaridades de cada país (TATE, 1994; TATE; VALLINDER, 1995; HIRSCHL, 2006).

A principal - e controvertida (KOERNER et al., 2011) - referência em teoria política é a obra organizada por Tate e Vallinder (1995), denominada *The Global Expansion of Judicial Power*. No Brasil, a obra é referência para diversos trabalhos sobre a judicialização da política (CARVALHO, 2004; VERONESE, 2009; NUNES, 2011; VIANNA, 2013; AVRITZER, 2013). A definição que se extrai do estudo é de que a judicialização é uma atuação do Poder Judiciário com a finalidade de rever a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Pode também significar a transferência das decisões do Legislativo/Executivo para o Judiciário, bem como a expansão dos métodos de decisão judiciais para instâncias não judiciais. Pode ser também identificada com o “poder de veto” que o Judiciário exerceria de forma contramajoritária, atendendo aos interesses de grupos minoritários (NUNES, 2011; APPIO, 2008). Interpretando a obra de Tate e Vallinder (1994), Maciel e Koerner (2002)

destacam que a judicialização indica que os juízes preferiam participar da *policy-making* em vez de deixá-la a critério de políticos e administradores.

Tate e Vallinder elencam algumas causas para a judicialização ou o maior uso dos tribunais que podem ser trazidos também para o contexto brasileiro: a expansão democrática, a separação de poderes, a política em prol de direitos de minorias, uso dos tribunais por grupos de interesse ou por oposições políticas, partidos políticos e coalizões governamentais fracas, a percepção negativa pela sociedade em matéria de políticas públicas, dentre outras.

Relacionar a judicialização da política somente com as decisões judiciais que interferem de algum modo na política não parece totalmente correto ou claro para Koerner et al. (2011), que observam que esse tipo de interferência já acontecia nas monarquias europeias, à época da Revolução Francesa, quando juízes eram ativos participantes das “intrigas palacianas” (KOERNER et al., 2011, p. 33). Logo, a judicialização nada teria de novidade e por isso a relação entre direito e política que se dá no processo de judicialização deveria ser mais bem trabalhada. Da mesma forma, em países que possuem o denominado controle de constitucionalidade das leis³ (CARVALHO, 2007) é natural que haja tal tensão, o que no Brasil ocorre desde a primeira Constituição republicana, de 1891.

Hirschl (2006) refere-se à judicialização a partir da abordagem de transferência de poder das instituições representativas para as judiciárias, cuja origem estaria na transição (constitucional e democrática) ocorrida em diversos países que passaram por regimes autoritários do século passado. Cada vez mais os tribunais são utilizados para tomar decisões difíceis (*hard cases*), relacionadas a dilemas morais fundamentais e questões de política pública.

Nesse contexto, a judicialização pode ocorrer de três formas. No nível mais abstrato, a judicialização refere-se à disseminação do discurso jurídico e normativo, de seus jargões, regras e processos na esfera política e nos fóruns de elaboração de políticas públicas. Questões de direito passam a incorporar o vocabulário da sociedade e de instituições não diretamente ligadas a assuntos jurídicos. Hirschl denomina isso de “judicialização das relações sociais”. É importantes destacar que, em outros termos, Vianna et al. (1999) referem-se à judicialização das relações sociais ao observarem a regulação da sociabilidade e das práticas sociais pelo direito. Em linhas gerais, trata-se da invasão do discurso jurídico e suas

³ Controle de constitucionalidade é o procedimento pelo qual o Judiciário verifica a adequação de atos normativos e administrativo à Constituição, a partir de procedimentos específicos no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais estaduais, ou a partir da arguição da questão inconstitucional em qualquer processo que não possua como finalidade exclusiva o controle de constitucionalidade. O surgimento desse modo de aferir a adequação ou violação das leis à Constituição se deu, inicial e notoriamente, em 1803, nos Estados Unidos da América, no caso *Marbury VS. Madison*.

práticas em áreas de interesse muitas vezes privadas, como contratos, relações de gênero nas famílias, proteção da criança e do adolescente em situação de risco, casos de violência contra a mulher, dentre outros.

Retornando à segunda forma de se verificar a judicialização, ela ocorre com a finalidade de proteger direitos fundamentais (de liberdade e igualdade) dos cidadãos, influenciando diretamente os trâmites gerenciais, ao buscar também a garantia, em relação às políticas públicas, ao procedimento justo, à igualdade de oportunidades, à transparência etc. Esse tipo de judicialização talvez seja o mais evidente, pois parte da base da sociedade, o que Hirschl (2006, p. 725) chama de “*judicialization from below*”.

Enfim, o terceiro aspecto da judicialização é a que ocorre com a denominada “megapolítica”, que interfere diretamente na questão política: relacionando-se ao processo eleitoral, às prerrogativas dos poderes, à gestão macroeconômica, à segurança nacional, à justiça de transição, à legitimidade do regime etc. Para outros, judicialização é o exercício por parte das instituições judiciais do controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Executivo ou, simplesmente, é o que se identifica na crescente invasão do direito na organização da vida social, causando a publicização da esfera privada (VIANNA, 2013; VIANNA et al., 1999).

Em trabalho recente, Tonelli (2013) analisa as interferências da judicialização na democracia, especificamente na soberania popular, utilizando-se como matriz conceitual a inicialmente trazida nesta pesquisa, referente à expansão do poder judicial. Destaca, assim, que a judicialização ocorre sempre que, no desempenho normal de suas funções, o Poder Judiciário afeta de modo significativo a ação política.

A fim de estabelecer um conceito claro para esta pesquisa, pode-se dizer que a judicialização ocorre quando uma decisão judicial interfere em questões cuja tomada de decisão caberia, em princípio, às instâncias de representação política (legislativo e executivo).

2.4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Dentre as questões políticas “judicializadas” no período posterior à Constituição de 1988, a política pública de saúde tornou-se um dos objetos mais pesquisados. O crescimento considerável dos casos (240 mil ações judiciais em 2011) e a dificuldade em estabelecer parâmetros para as decisões podem ter sido os principais pontos que chamaram a atenção para esse objeto.

A judicialização da saúde iniciou-se com maior força no Brasil na década de 1990, com as demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos antiretrovirais (HIV/Aids) e visando à incorporação de novos medicamentos à política de assistência farmacêutica, influenciada por ampla participação de associações relacionadas aos portadores da doença (BRASIL, 2005; SCHEFFER, 2009).

Além disso, o recurso à via judicial para o acesso a medicamentos e outros serviços de saúde foi objeto de diversos estudos, conforme se verá ao longo deste trabalho. Ilustrativamente, Santos (2011, p. 26) comenta: “Como me referiu um magistrado brasileiro, uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão ao tribunal exatamente para poderem ter acesso a medicamentos ou a tratamentos médicos que de outra maneira não teriam.”

Destacando a importância e a interdisciplinaridade do tema, o STF realizou audiência pública convocada em 2009, destinada a ouvir advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, juízes, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS, buscando a melhor solução para tais demandas (BRASIL, 2009). Foram ouvidos 50 especialistas que abordaram os mais diversos temas, como o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios ao Poder Judiciário, a responsabilidade dos entes da Federação, o financiamento e a gestão do SUS, dentre outras questões relevantes para a compreensão do tema.

Apesar dos efeitos positivos da judicialização, relativos ao acesso a medicamentos e à indução para incorporação de novas tecnologias e medicamentos, aspectos negativos relevantes podem ser destacados, pois além das ações judiciais gerarem cargas administrativas e fiscais elevadas, podem ainda ampliar as desigualdades no fornecimento e no acesso à assistência à saúde (BIEHL et al., 2009).

A judicialização da política de medicamentos (ou de assistência farmacêutica) gera, em regra, o seguinte impasse: considerando que os recursos para prover os serviços de saúde advêm de uma mesma fonte, os gastos com ações judiciais (sobretudo as individuais) privilegiariam apenas alguns indivíduos em detrimento de toda a população destinatária da política pública? Torna-se necessário estabelecer o equilíbrio entre o direito individual à saúde e o direito coletivo (TANAKA, 2008; DALLARI, 2011).

Além disso, alega-se que em função da escassez de recursos financeiros para prover as necessidades de toda a população, deve a política pública de saúde ser devidamente planejada de modo a contemplar o maior número possível de pessoas. Desse modo, é necessário estabelecer parâmetros claros para definir o que e como fornecer os medicamentos

aos que deles necessitam, buscando conciliar, de um lado, as necessidades individuais ilimitadas e, de outro, os recursos financeiros e não financeiros escassos (tais como órgãos, pessoal especializado e equipamentos), sendo esse o grande desafio à gestão em saúde (AMARAL, 2011).

Retomando as considerações levadas a cabo neste capítulo inicial, pode-se observar como se estrutura a política de assistência farmacêutica no âmbito do sistema de saúde brasileiro. Buscou-se dar ênfase ao ciclo da assistência farmacêutica com a finalidade de compreender parte do caminho percorrido pelo medicamento até chegar à dispensação ao cidadão. Após, pretendeu-se destacar algumas noções sobre o processo de obtenção de medicamentos por via das instituições judiciais, partindo das definições de judicialização da política.

O sistema de saúde brasileiro possui regras específicas para o fornecimento de medicamentos que se baseiam nos conceitos de medicamentos essenciais e na racionalidade do uso. Cada nível de governo é responsável por uma parcela da assistência farmacêutica, de acordo com as diretrizes de descentralização, e responsável por elaborar as suas relações de medicamentos nos caminhos dados pela política nacional. De modo geral, pode-se afirmar que a finalidade das listas elaboradas em cada nível de gestão é de atender tanto às doenças comuns da população quanto doenças de menor incidência ou que dependam de medicamentos excepcionais para seu tratamento.

Apesar da assistência farmacêutica prevista, razões diversas justificam a existência de necessidades não atendidas pela política pública. Seja por defeito na execução da política, seja pela não previsão do medicamento necessário nas listas do SUS, muitos cidadãos buscam por outros meios aquilo que não conseguiram na via administrativa. No entanto, os métodos de decisão adotados nas instâncias judiciárias nem sempre são os mesmos dos adotados na política, surgindo a tensão entre as duas arenas de decisão. A questão se torna mais difícil quando juízes determinam o fornecimento de medicamentos de elevado custo financeiro que não constam da política de assistência farmacêutica já formulada, o que exige a investigação dos critérios que justificam a inclusão ou não de uma determinada prestação na política pública. Nesse sentido, os próximos capítulos buscarão identificar a justificativa que mais adequadamente pode auxiliar na decisão acerca de quais medicamentos e cuidados de saúde devem ser fornecidos pelo Estado, questão que assume relevância, sobretudo nos casos de fornecimento de medicamentos fora das listas do SUS.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO JUSTIFICATIVA PARA O DIREITO À SAÚDE

Afirmou-se anteriormente que serão utilizadas nesta pesquisa duas justificativas para problematizar o direito à saúde. Uma delas relacionada à dignidade da pessoa humana e a outra é a que leva em conta a possibilidade de que a falta de cuidados de saúde pode limitar as oportunidades dos indivíduos. Este capítulo tratará da primeira justificativa.

A abordagem da dignidade será estudada a partir do referencial teórico que a identifica como o núcleo dos direitos humanos e, principalmente, do direito à saúde e à vida. A análise se voltará mais detalhadamente para o posicionamento de Luís Roberto Barroso (2013), atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), que em recente manuscrito buscou dar à ideia de dignidade uma dimensão objetiva e operacional, levando em conta tanto a bibliografia internacional sobre o tema quanto os casos concretos decididos pelos tribunais de diversos países. O autor pretendeu desenvolver um conceito de dignidade útil em qualquer nação que tenha por fundamento a democracia e o respeito aos direitos fundamentais.

Apesar do esforço em delimitar objetivamente a dignidade humana, a sua formulação como algo a ser protegido e promovido pela sociedade enfrenta duras críticas. Assim, visando a identificar a possível relevância do conceito de dignidade humana na sociedade contemporânea, serão também analisados os argumentos contrários à sua noção como algo a ser observado e respeitado em todos os indivíduos.

3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao longo do século XX a dignidade da pessoa humana passou a integrar os documentos constitucionais de diversos países, a exemplo da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, Grécia, Bélgica, Brasil, Paraguai, Peru, Venezuela, Chile, dentre outros. Embora a dignidade humana não esteja prevista expressamente nas leis norte-americanas, existem casos em que se lhe faz referência como forma de proibir a violação de direitos humanos, podendo ser utilizado como exemplo o caso *Brown vs. Plata*, 563 US (2011), julgado em 23 de maio de 2011, em que a Suprema Corte declarou, com base no voto majoritário do Justice Kennedy, que a superlotação das prisões da Califórnia ofendia a dignidade humana e a oitava emenda (que proíbe penas cruéis e incomuns), em razão de privar os prisioneiros de condições e cuidados de saúde básicos e adequados. A justificativa foi de que os prisioneiros mantêm a

essência da dignidade inerente a todas as pessoas, e o respeito por essa dignidade está por trás da proibição da oitava emenda contra punição cruel e inhumana.

No âmbito internacional, encontra-se menção à dignidade na já citada Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e no PIDESC, mas também na Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), na Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), na Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), na Convenção de Direitos da Criança (1989), na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), na Carta Árabe de Direitos Humanos (2004), dentre outros (BARROSO, 2013).

A ideia de dignidade nem sempre esteve associada aos direitos humanos ou fundamentais. Enquanto que no período romano ela se referia à qualidade de quem possuía certas ocupações e posições públicas, durante a modernidade ela passou a se referir ao valor intrínseco do ser humano. Essa diferenciação permite separar os sentidos pré-moderno e contemporâneo de dignidade, conforme o autor.

O sentido pré-moderno, estabelecido desde a Roma antiga até o surgimento do Estado liberal, identifica a dignidade com o *status* pessoal dos indivíduos, relacionado à sua posição política ou social e à integridade moral. Do mesmo modo, a dignidade qualificava certas instituições, como o soberano, a coroa e o Estado. Em função do *status* das pessoas e das instituições, os súditos deveriam respeitá-las caso não quisessem sujeitar-se a sanções. Havia uma quantificação da dignidade, estabelecendo pessoas mais ou menos dignas. Como exemplo, a Constituição brasileira de 1824 fazia menção apenas à dignidade da nação, do imperador e de sua esposa, ao tratar da dotação que seria destinada a eles (SARLET, 2010, 2013). Essa, contudo, não é a concepção de dignidade utilizada atualmente.

A versão moderna da dignidade se desenvolveu a partir de três marcos fundamentais (BARROSO, 2013): a) o religioso, tradição judaico-cristã; b) o filosófico, tradição que leva ao Iluminismo; e c) o histórico, como resposta aos atos da Segunda Guerra Mundial.

A matriz do conceito contemporâneo de dignidade vem da tradição judaico-cristã, mais especificamente da ideia de que os seres humanos foram feitos à imagem e semelhança de Deus. A origem filosófica estaria, por sua vez, já no pensamento clássico com Marco Túlio Cícero (44 a. C.). Seguindo o percurso ao longo da Idade Média, a dignidade esteve

compreendida conjuntamente nos sentidos filosófico e religioso, sendo que somente em 1486, com a obra de Picco della Mirandola, houve a separação entre as duas vertentes, marcando o início do humanismo renascentista (BARROSO, 2013). A ideia de grandeza e superioridade do homem em relação aos demais seres, segundo a leitura que Sarlet (2010) faz de Mirandola, se justifica no fato de que ao homem incumbiria a regência da própria vida e suas capacidades lhe permitiriam fazer e querer o que desejasse (liberdade).

Com o Iluminismo, o conceito de dignidade assumiu outras características, principalmente com a ideia de direitos naturais. Desse modo, os iluministas tiveram como proposta bem-sucedida estabelecer a centralidade do homem a partir do individualismo e do liberalismo, ambos amparados pelos direitos individuais declarados e reconhecidos pelos Estados que passaram pelas revoluções liberais (BARROSO, 2013).

A principal justificativa não-religiosa da dignidade da pessoa humana até os dias de hoje, incluindo a proposta de Barroso, foi dada pelo filósofo iluminista Immanuel Kant ainda no século XVIII. Segundo ele, o ser humano possui dignidade porque deve ser visto como um fim em si mesmo, não como meio para a realização de projetos alheios, pois ele é capaz de dar fins a si mesmo ao invés de se submeter às suas inclinações (KANT, 1980).

A ética kantiana baseia-se na ideia de razão e dever, na capacidade do indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si, a lei moral que deve orientar sua conduta (imperativo categórico). Isso caracteriza a autonomia, uma vontade livre, capaz de autodeterminação. A dignidade, para Kant, tem por fundamento a autonomia individual das pessoas, que estão acima de qualquer preço, pois não podem ser substituídas. É isso que garante valor intrínseco às pessoas.

No discurso jurídico, a referência ao pensamento kantiano como justificativa da dignidade humana é feita recorrentemente, destacando-se Barroso (2013), Piovesan (2010) e Sarlet (2010). Os dois primeiros enfatizam que atualmente há um reencontro das normas jurídicas com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, ética e dignidade. Já Sarlet (2010) encontra amparo em Kant de forma mais branda, sem deixar de lembrar as críticas que podem ser dirigidas ao excessivo antropocentrismo advindo de sua elaboração filosófica, fruto do lugar privilegiado que o homem ocupa em relação aos demais seres vivos em função de sua racionalidade. Ele cita a crítica feita por Schopenhauer à formulação de Kant sobre a dignidade, de que ela seria uma fórmula vazia de sentido, insuficiente e problemática, críticas essas que ainda são feitas contemporaneamente, conforme será demonstrado.

Para dar concretude à dignidade conforme o pensamento kantiano, alguns casos no STF o citam como fundamento, como os relacionados à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF), ao reconhecimento da união homoafetiva (ADPF 132/RJ e ADI 4.227/DF), às pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), à proibição de trabalho escravo (RE 398.041/PA), dentre outros:

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana. (BRASIL, 2013b)

[...] ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.

Essa ordem de ideias remete à questão da autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano. (BRASIL, 2011b)

Para Kant, o grande filósofo da dignidade, a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado. (BRASIL, 2010a)

Retomando os três marcos acima mencionados por Barroso (religioso, filosófico e histórico), o último deles está associado ao período posterior à Segunda Guerra Mundial e é o mais presente na abordagem jurídica. O motivo está ligado ao fato de que a dignidade passou a ser protegida por diversos tratados internacionais e, internamente, pelas Constituições democráticas.

Não sem motivo, há quem afirme que há um retorno ou o resgate das ideias jusnaturalistas na contemporaneidade, especialmente por reconhecer ao homem direitos inatos, inalienáveis ou irrenunciáveis. Desse modo, Sarlet (2009) identifica no conteúdo da

dignidade da pessoa humana contemporânea uma reminiscência da concepção jusnaturalista, por partir do pressuposto de que o homem, somente por sua condição biológica e independente de qualquer outro motivo, é detentor de direitos.

Após as ocorrências do fascismo e do nazismo a dignidade da pessoa humana passou a ser prevista em diversos documentos (nacionais e internacionais) como forma de coibir abusos e práticas atentatórias aos direitos humanos, buscando resguardar, assim, um conteúdo de direitos intocáveis. Daí constar expressamente da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por exemplo, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos como fundamento da liberdade, da justiça e da paz.

Autores como Barroso (2013) e Sarlet (2010) identificam na dignidade da pessoa humana o principal fundamento não só do direito à saúde, mas de toda a ordem jurídica, política e social. Leal (2008) refere-se à saúde como a condição de possibilidade para a dignidade da pessoa humana. Também em relação às políticas públicas a dignidade passou a ser considerada, embora sejam ainda tímidas as inserções da temática nessa área, o que reforça a relevância desta pesquisa (DI PIETRO, 2013; JUSTEN FILHO, 2013).

A partir da Constituição de 1988 os direitos fundamentais passaram a ser o objetivo principal das políticas públicas. Não que antes não o fossem, mas após a redemocratização e a instituição do Estado Democrático de Direito, a noção prestacional de serviço público, vinculado à efetivação de direitos, sobretudo dos de caráter social (saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação, segurança etc.), tornou-se relevante para as políticas públicas.

Também no campo das políticas públicas a dignidade é entendida principalmente sob o ponto de vista da doutrina kantiana (ser humano como fim, não como meio/instrumento). Passa a existir a pretensão dos serviços públicos preocuparem-se em realizar uma parcela mínima de direitos fundamentais que irão compor o núcleo da dignidade da pessoa humana. Ou seja, a partir da garantia de um mínimo razoável de prestações relativas a cada direito fundamental, a dignidade estará, também, sendo garantida.

Isso se aproxima do que tem sido interpretado como mínimo existencial. A dignidade da pessoa humana exigiria, ainda que em hipóteses extremas, um teto onde se abrigar, alimentos para se manter, roupas adequadas para vestir, educação, trabalho, segurança, salário de acordo com as necessidades mínimas de subsistência, dentre outros direitos que garantam um mínimo de bem-estar (DI PIETRO, 2013).

No Brasil, há referências ao mínimo existencial em casos no âmbito do Supremo Tribunal Federal relacionados, por exemplo, ao acesso à educação (RE 410.715/SP), às ações afirmativas para pessoas com deficiência (ADI 2.649/DF), ao acesso à justiça por populações

carentes e desassistidas por meio da Defensoria Pública (AI 598.212) e ao acesso a serviços de saúde e medicamentos (STA 175/CE):

defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. (BRASIL, 2010b)

O direito ao mínimo existencial não está previsto de forma expressa no direito brasileiro, mas é comum entendê-lo como decorrência tanto da dignidade da pessoa humana quanto da busca pela erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (BRASIL, 2011c)

Enfim, nesta seção foram reunidos os principais marcos históricos, políticos, normativos e filosóficos que fundaram a dignidade da pessoa humana no pensamento contemporâneo. Longe de ser um conceito trabalhado somente no Direito ou na Filosofia, a dignidade tornou-se objetivo comum dentre boa parte das democracias ocidentais após a segunda metade do século XX, portanto, um objeto de estudo comum a diversas áreas.

A importância que a dignidade adquiriu, no entanto, não contribuiu, em igual medida, para chegar-se com clareza ao seu conceito, sendo mais fácil intuir do que definir seu significado. A definição de mínimo existencial busca proporcionar objetividade à dignidade da pessoa humana, pois se espera que seja possível definir o que é, pelo menos, o conteúdo básicos dos direitos que devem ser protegidos (DI PIETRO, 2013). O problema está em definir o que seria o básico. Por exemplo, o fornecimento de medicamentos essenciais atenderia ao mínimo existencial? Se sim, o que justificaria as instituições judiciais determinarem o fornecimento de medicamentos fora das listas do SUS? A resposta está, novamente, na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Portanto, o mínimo existencial não parece atingir a finalidade para a qual foi elaborado, pois também não consegue demonstrar claramente o que deve ou não ser prestado pelo Estado em matéria de direitos e políticas públicas.

Logo, buscando melhor delimitar o conteúdo da dignidade e afastar as críticas que o conceito enfrenta, relativas ao seu grau de abstração ou vagueza, a seguir serão analisados os três elementos principais apontados por Barroso (2013) para fornecer mais clareza e objetividade à dignidade e quais aspectos da pessoa humana ela busca proteger.

3.2 DELIMITANDO O CONTEÚDO DE DIGNIDADE HUMANA

Como foi dito, as críticas ao grau de abstração e vagueza do conceito de dignidade são recorrentes, o que exige a delimitação de seu conteúdo. Com esse objetivo, Barroso (2013) propõe alguns elementos para identificar a unidade e a objetividade do termo. Assim, o conteúdo mínimo da dignidade pretende estabelecer um ponto de consenso entre diversas concepções, sendo ele composto pelos seguintes elementos: a) o valor intrínseco; b) a autonomia; c) e o valor comunitário.

O valor intrínseco possui caráter ontológico, pois está presente na natureza do ser humano, do ser enquanto ser, independentemente de suas determinações particulares (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2006). Segundo esse elemento, existe um conjunto de características (por exemplo, inteligência, sensibilidade e capacidade de se comunicar) que tornam o ser humano um ente especial e superior no mundo, conferindo-lhe distinção em relação a outras espécies. Essa característica é enfatizada também por Justen Filho (2013) ao tratar da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito administrativo e das políticas públicas.

A dignidade como valor intrínseco estaria na origem de diversos direitos fundamentais, como a vida, a igualdade (na lei e perante a lei), a integridade (física e psíquica). enxerga o indivíduo como um fim em si mesmo e, em última análise, abstrai o homem de seus atributos pessoais (aplica-se tanto a recém-nascidos quanto a pessoas senis ou com determinado grau de deficiência mental). É, assim, o oposto ao valor instrumental, que seria capaz de coisificar o homem (SARLET, 2010), tornando-o objeto para propósitos alheios.

A dignidade é um atributo que nasceria com a pessoa e que não poderia ser disposto, alienado ou renunciado. Nessa abordagem, o valor intrínseco dos indivíduos é contrário ao utilitarismo (o homem é um fim em si mesmo, não podendo servir de instrumento para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais de outros) e ao autoritarismo (é o Estado que existe para o homem, não o inverso).

Em síntese, o utilitarismo considera um ato correto quando ele é capaz de maximizar a felicidade (ou o bem-estar) geral (GARGARELLA, 2008). A dignidade seria contrária ao utilitarismo porque nele são levados em conta somente os melhores resultados que certas ações podem produzir, ficando de fora importantes valores, deveres e direitos que mereçam ser protegidos e que poderiam ser violados no caminho (SANDEL, 2012). Há um cálculo de custos e benefícios no argumento utilitarista que é avesso ao sentido kantiano de dignidade, pois, ainda que o resultado seja o melhor possível, o meio utilizado pode não considerar a dignidade da pessoa humana que pode ser afetada.

O segundo elemento que compõe a dignidade é a noção kantiana de autonomia analisada acima, que se fundamenta na liberdade dos indivíduos buscarem realizar seus projetos de vida da forma que melhor desejarem, fazendo escolhas livres (sem influências externas). O conceito de autonomia como face da dignidade pressupõe certas condições, tais como a razão, a independência e a escolha. Isso quer dizer que as pessoas devem deliberar conscientemente pela tomada de suas decisões, estando livres de qualquer coação ou necessidade essencial que comprometam sua livre opção.

Para que as escolhas sejam livres é preciso que as pessoas desfrutem de um mínimo de bem-estar, que suas necessidades sociais básicas (saúde, alimentação, moradia, educação etc.) estejam satisfeitas. Por isso, tornou-se comum a afirmação de que os indivíduos possuem um direito a condições mínimas de vida, o “mínimo existencial”.

Como qualquer direito fundamental, as liberdades, que possuem em sua base a autonomia, não são absolutas. Por isso, eventuais restrições justas podem lhe ser feitas, como a limitação do direito de ir e vir em virtude de prisões legalmente impostas, admitindo-se, assim, a restrição à liberdade desde que se analise de forma justa o crime cometido.

Há também os controversos casos de recusa a transfusões de sangue por testemunhas de Jeová. De um lado, existem afirmações no sentido de que a sociedade e o Estado possuem o dever de zelar pela vida, enquanto, de outro, devem também respeitar a autonomia individual e a liberdade religiosa. Eis aqui um típico caso em que se interpreta a autonomia, ligada à privacidade (autodeterminação no plano das escolhas privadas), como um elemento da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2012).

Segundo Barroso (2013), o último elemento da dignidade é o valor comunitário, que busca impor uma limitação social ao exercício de direitos, isto é, enfatiza o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições, pelo Estado, a direitos e liberdades individuais em prol do bem-estar. A discussão que se faz ao abordar esse elemento

é acerca da legitimidade das restrições ou imposições estatais feitas aos indivíduos, as quais somente seriam legítimas se tiverem por foco alguns objetivos.

Ao restringir a autonomia pessoal, o valor comunitário busca legitimar-se na realização de três objetivos: a) ao proteger os direitos e a dignidade de terceiros; b) ao proteger os direitos e a dignidade do próprio indivíduo; c) e ao proteger valores sociais compartilhados. A primeira meta é atingida a partir da proibição de condutas nocivas por meio do estabelecimento de sanções civis e criminais aos indivíduos. Os demais objetivos podem legitimar eventuais paternalismos e moralismos, pois podem violar o âmbito de autonomia do indivíduo. No entanto, há certo consenso de que algumas práticas individuais devem ser incentivadas e impostas pelo Estado, como a educação e a vacinação compulsória. De outro lado, há questões mais conturbadas na delimitação da legitimidade da intervenção estatal, como, por exemplo, as relacionadas à prostituição e à descriminalização de drogas.

De todo modo, Barroso (2013) propõe que a delimitação dessas intervenções passe por um crivo que considere (a) a existência ou não de um direito fundamental sendo atingido, (b) o dano potencial para outros e para a própria pessoa e (c) o grau de consenso social sobre a matéria. Assim, o caminho deverá, na medida do possível, passar por esses filtros antes de se poder dizer que a intervenção estatal na autonomia individual foi legítima ou não. O caso das leis antifumo, que restringem a prática do tabaco em locais específicos, pode ser um exemplo da limitação da autonomia individual em prol de valores compartilhados.

Entretanto, ao contrário do que defende Barroso, há motivos para não considerar o valor comunitário como um elemento da dignidade, mas sim como um limite dela. Como o valor comunitário aponta para o problema de compatibilizar o respeito à dignidade de diferentes indivíduos quando eles entram em conflito, ele deve ser compreendido como algo externo à dignidade individual (valor intrínseco e autonomia). Portanto, o valor comunitário se configura melhor como limite do que como elemento da dignidade.

Uma vez feita a tentativa de definir a dignidade da pessoa humana a partir dos elementos que a compõem, segundo Barroso (2013), adiante será demonstrado como esse valor relaciona-se com o direito à saúde, oportunidade em que serão trazidas algumas decisões judiciais para justificar essa afirmação.

3.3 A DIGNIDADE COMO JUSTIFICATIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) foi a primeira a prever o direito à saúde como direito social. Em diferentes oportunidades abordou temas relacionados à saúde,

prevendo princípios que influenciarão na interpretação do direito à saúde, estabelecendo regras de competências dos órgãos a ele relacionadas ou ainda dando diretrizes para as ações e serviços de saúde.

O direito à saúde está previsto genericamente no art. 6º da Constituição, juntamente a outros direitos sociais, como a educação, alimentação, moradia, trabalho, dentre outros. Além dele, em diversas ocasiões foi dada atenção ao direito à saúde pela Constituição.

No Título VIII, referente à Ordem Social, a Lei Fundamental brasileira situou o direito à saúde como pertencente ao capítulo da Seguridade Social, ao lado da previdência e assistência social. Tratando especificamente do direito à saúde, o art. 196 da Constituição da República estabelece que ele é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ainda diz a Constituição, em seu art. 197, que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. O artigo citado reafirma a relevância desse direito social, afirmando seu caráter público e prevendo a possibilidade de a execução dos serviços de saúde ser feita também por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (com ou sem fins lucrativos).

As demais disposições constitucionais relacionadas à saúde encontram-se distribuídas tanto no art. 198 como no art. 220 da Constituição brasileira. O primeiro estabelece as diretrizes e preceitos a serem seguidos pelos serviços públicos de saúde, que é integrado por um serviço único universal, integral, gratuito e igualitário. O segundo diz respeito às atribuições constitucionais do SUS.

Em nível internacional, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define a saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade. A Constituição brasileira de 1988 não define a saúde ou o leque de prestações que a compõem, o que coube a diversos setores de gestão. Apesar disso, algumas leis relativas à saúde contribuem para a resolução da questão. A Lei Orgânica da Saúde (BRASIL, 1990) considera que os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Apesar da previsão legal não fazer expressa menção à saúde como elemento ou meio de garantia da dignidade, tornou-se comum no discurso jurídico e também no âmbito das

políticas públicas o apelo a tal princípio. A saúde passou a ser tratada nos tribunais como uma das principais formas de se propiciar uma vida com dignidade às pessoas. Ela passa a ser determinantemente influenciada pelo princípio da dignidade da pessoa humana a partir de sua aproximação com o direito à vida, principalmente por ser uma forma de garanti-lo. Desse modo, as políticas públicas de saúde têm por meta imediata propiciar condições básicas de saúde à população, nos aspectos da promoção, proteção e recuperação. Garantindo esses níveis de realização da saúde, como consequência se estará propiciando condições razoáveis de bem-estar e de vida às pessoas.

Justificar a saúde com base na dignidade torna-se problemático, sobretudo quando a prestação pretendida pelo cidadão não está prevista como política pública. Isso porque caso houvesse a previsão e, ainda assim, o Estado tivesse deixado de cumpri-la, se estaria diante de uma omissão no cumprimento da política pública formulada, o que não geraria discussões mais aprofundadas, em princípio. No entanto, tornou-se comum a existência de decisões judiciais determinando ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos não constantes das relações do SUS – que é o foco desta pesquisa -, tendo como principal fundamento a garantia da dignidade da pessoa humana. Seguem alguns exemplos:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO À SAÚDE - GARANTIA CONSTITUCIONAL - FORNECIMENTO DE INSUMO QUE NÃO FIGURA NA LISTA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - NECESSIDADE COMPROVADA - INEXISTÊNCIA DE GENÉRICO - CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - INAPLICÁVEL - ESTATUTO DO IDOSO - COMPETÊNCIA DO PODER PÚBLICO - SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Consoante o art. 196 da CF, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 2. As ações e serviços na área de saúde têm por diretriz o atendimento integral do indivíduo, o que consiste no fornecimento de medicamentos necessários à preservação da vida, ainda que não sejam padronizados pelo SUS. 3. Conforme relatório médico subscrito por profissional inscrito no Conselho Regional de Medicina, não há no país insumo semelhante ou genérico, o que corrobora a imprescindibilidade do suplemento. 4. *Os princípios informadores da administração pública e a cláusula da reserva do possível não se aplicam quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana.* 5. O art. 15, § 2º prevê que o Poder Público deve disponibilizar todos os recursos necessários ao tratamento de pessoa idosa, como é o caso em questão, de forma gratuita. 6. Cabe à parte beneficiária dos medicamentos comprovar, a cada quatro meses, a necessidade do fornecimento dos remédios através da apresentação de receita médica atualizada. 7. Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicado o apelo voluntário. (MINAS GERAIS, 2013, grifo nosso)

Mandado de segurança - suplemento nutricional 'modulen' - fornecimento gratuito - indispensabilidade à sobrevivência de pacientes portadores da doença de 'crohn' - direito fundamental à vida e à saúde - artigos 196 e 198 da Constituição da República - receituário fornecido por médico particular - irrelevância - apelação cível a que se nega provimento.

- 1- *Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CFR) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CRF) impõem ao Estado e ao Município a obrigação de fornecer, o medicamento e insumo necessitados por pessoa hipossuficiente, uma vez comprovada a necessidade.*
- 2- *Violado um direito subjetivo fundamental, não há que se falar em ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração.*
- 3- *No quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de receituários do SUS, de não inclusão do medicamento necessitado em lista oficial, de limitações orçamentárias ou de aplicação da teoria da reserva do possível. (MINAS GERAIS, 2013b, grifo nosso)*

Verifica-se que a justificativa para a concessão de medicamentos, ainda que fora das relações constantes da política de assistência farmacêutica, reside no fato de que o direito à saúde destina-se à garantia da dignidade da pessoa humana, pois se considera que somente aquele medicamento específico é capaz de promover a recuperação do indivíduo, interpretação baseada também no princípio do atendimento integral. O conflito que se estabelece, contudo, não é entre a garantia do direito à saúde e da dignidade, de um lado, e a não intervenção na Administração Pública, de outro. O conflito ocorre especificamente no ponto que os princípios da equidade e igualdade buscam proteger, que é o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, razão pela qual aquele conflito passa a ser entre o direito de um (ou uns) contra o direito de outros, questão que será desenvolvida no próximo capítulo (BARROSO, 2009).

Resta claro que a ideia de justiça, nesse contexto, trabalha com o peso que se dá aos direitos em conflito. No entanto, seria necessário muito peso para fazer prevalecer qualquer outro direito em face do direito à vida e à saúde relacionado ao caso concreto diante do juiz (COUTINHO, 2007). Assim, quando se fundamenta a concessão de um medicamento baseado exclusivamente na necessidade do indivíduo e na capacidade de seu uso garantir-lhe a dignidade, corre-se o risco de apagar os limites que cercam o direito à saúde. O que caberia dentro do direito à saúde: mudança de sexo, diagnóstico genético pré-natal, aconselhamento genético, fertilização *in vitro*, fisioterapia, acupuntura, medicamentos experimentais, medicamentos caros, cirurgia de redução do estômago, implante de silicone nos seios, medicamentos contra impotência, xampu etc.?

Nesse sentido, se torna relevante o processo de formulação de políticas públicas, que enfatiza a dimensão do planejamento ao levar em consideração os recursos escassos e busca identificar as principais necessidades de determinada sociedade. Ainda com relação às decisões judiciais, a contraposição entre os argumentos a justificar a concessão (dignidade do demandante) ou não (igualdade/equidade no acesso em relação aos demais usuários do

Sistema) de medicamentos fora da lista, reforça a necessidade de encontrar a abordagem mais adequada para enfrentar a questão.

Por outro lado, quando a análise se baseia em outros princípios do SUS, a concessão do medicamento parece passar por um crivo mais rigoroso, em que se busca aferir as consequências para todo o sistema, inclusive aos demais usuários. Na decisão a seguir transcrita, embora a maioria (dois juízes) tenha decidido pela concessão do medicamento *Melleril 200mg*, não padronizado pelo Ministério da Saúde, o voto vencido de um magistrado entendeu de forma contrária, levando em conta os princípios da isonomia, seletividade e distributividade:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - AÇÃO COMINATÓRIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS PELO SUS - SAÚDE - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA - CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - INAPLICABILIDADE - OFENSA À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES - INOCORRÊNCIA.

- O Poder Público não pode se eximir da sua obrigação de assistência aos necessitados pelo simples fundamento de que o fármaco requerido não é padronizado pelo SUS, vez que tais normas administrativas que delimitam a prestação a determinadas espécies de medicamentos restringem o atendimento, violando, assim, os preceitos constitucionais da garantia do direito à saúde, ao bem-estar físico, psicológico e mental, e à dignidade da pessoa humana.

- Comprovada a imprescindibilidade de utilização de determinado medicamento por pessoa necessitada, este deve ser fornecido de forma irrestrita, sendo que a negativa do ente público nesse sentido implica ofensa a uma garantia constitucional.

- Não se aplica a Cláusula da Reserva do Possível quando não comprovada a incapacidade econômico-financeira do Estado, afigurando-se, lado outro, razoável a pretensão de fornecimento de medicamento a pessoa carente, estando, assim, em harmonia com o devido processo legal substancial.

- Não ofende a independência dos Poderes a decisão judicial que, com base na Constituição, determina o fornecimento de medicamentos, vez que a Carta Política ao estabelecer um sistema de pesos e contrapesos para possibilitar o controle recíproco como forma de conter abusos, instituiu o direito de ação do cidadão para tornar efetiva essa garantia.

Voto Vencido.

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ESTADO E MUNICÍPIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL.

Sendo a União, os Estados e os Municípios, responsáveis solidários pela realização dos procedimentos médicos indispensáveis à saúde dos cidadãos, não há que se falar em ilegitimidade passiva, já que cada um deles poderá ser demandado isoladamente.

Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não está o Estado obrigado a fornecer medicamentos e insumos não padronizados pelo SUS.

(MINAS GERAIS, 2013c, grifo nosso)

Tendo como campo de análise a decisão acima, nos votos vencedores, que levaram o Estado a fornecer o medicamento não padronizado, nota-se a natureza dos argumentos no

sentido de focar exclusivamente a necessidade do indivíduo, deixando de lado questões coletivas, como a reserva orçamentária. Entende-se, de acordo com a decisão, que somente após estar garantido o direito à vida dos indivíduos é que o Estado possui margem para decidir a distribuição de seus recursos. Antes disso, não há discricionariedade. Interpreta-se, assim, somente a previsão constitucional que remete ao dever estatal em prestar a assistência à saúde, desconsiderando a política pública que possa justificar a não inclusão do medicamento na lista de medicamentos excepcionais. O argumento utilizado é de que as normas administrativas (por exemplo, Portarias do Ministério da Saúde) restringem o atendimento e, por isso, violam os preceitos constitucionais que garantem o direito à saúde, o bem-estar e a dignidade da pessoa humana.

O argumento vencido, por sua vez, leva em conta a vagueza da Constituição ao não definir o objeto do direito à saúde, possibilitando que ele seja interpretado ou como um dever irrestrito do Estado ou limitado a prestações básicas e vitais. Em virtude da disposição constitucional genérica, a delimitação do direito à saúde deve estar nas legislações que compõem as políticas públicas desse setor. A prestação desse direito está vinculada também à dotação orçamentária elaborada pelo Poder Legislativo, cuja cifra servirá de parâmetro para que a Administração Pública selecione o respectivo rol de prestações.

Como se vê, a definição de saúde é marcada pela multidimensionalidade (FERRAZ; VIEIRA, 2009), não bastando mera ausência de doença. Tal amplitude torna ainda mais complexa a elaboração e implementação das políticas nesse setor, o que requer *expertise* e eficiência também na alocação dos recursos escassos, levando em conta as necessidades da sociedade.

Nesse contexto, a melhor resposta para resolver o problema da ponderação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos pode ser não se basear somente na busca pela garantia da dignidade dos indivíduos, pois ela não delimita claramente quais ações e serviços devem estar compreendidos nas políticas do setor, enfrentando ainda muitas críticas relativas ao seu conceito, conforme se verá em seguida.

3.4 CRÍTICAS AO CONCEITO DE DIGNIDADE

O apelo à dignidade é muito comum em debates bioéticos (aborto, eutanásia, clonagem, cirurgia para mudança de sexo etc.). Por isso, é também na literatura bioética que apareceram as críticas mais contundentes a esse conceito. Para Macklin (2003), a dignidade é um conceito inútil para a ética médica e pode ser eliminada sem qualquer perda de conteúdo,

desde que seja mantida a noção de autonomia pessoal. A dignidade seria mero slogan e uma repetição vaga de noções já existentes. De acordo com ela, o uso corriqueiro do termo dignidade como fundamento para se evitar determinadas práticas no campo da ética médica é influência da religião, especialmente da Igreja Católica.

O problema segundo ela é que não há um conceito claro de dignidade que permita saber quando ela é violada ou não, tais como no caso do direito de morrer com dignidade, de estudos em cadáveres, de clonagem, de reprodução assistida etc. O que ela observa é que nesses casos o que se consegue com o apelo à dignidade seria conseguido meramente ao se recorrer ao respeito pela autonomia das pessoas, que é mais claro do que a dignidade.

Como mencionado em seção anterior, segundo a definição kantiana de dignidade (adotada por Barroso e outros), a autonomia é mesmo o elemento central da dignidade. Contudo, muitos autores (inclusive Barroso), acrescentam à ideia de autonomia a ideia de valor intrínseco, que é o objeto da crítica de Macklin, pois é a parte mais obscura da noção de dignidade.

A diferença está em que alguns consideram que é possível ter dignidade sem ter autonomia, desde que se considere que o ser possua valor intrínseco (p. ex., o caso do feto, do cadáver e do paciente em estado terminal). Enquanto outros, como Macklin, consideram que só faz sentido falar em dignidade quando há autonomia e, dado que o segundo conceito é mais claro do que o primeiro, é melhor se restringir ao conceito de autonomia – atitude predominante entre os pesquisadores acadêmicos na área de bioética.

Pinker (2008) é outro crítico contundente do apelo à dignidade pelo mesmo motivo, a falta de clareza da definição do conceito de dignidade. Ele dirige suas críticas primeiramente ao Conselho Presidencial de Bioética formado por George W. Bush em 2001, cujos integrantes eram predominantemente conservadores e/ou religiosos e, especificamente, analisa o relatório *Dignidade humana e Bioética*, publicado em 2008 pelo Conselho. Ao discorrer sobre como a influência do pensamento conservador de seus membros afetava as pesquisas médicas, observa que o conceito de dignidade é o terreno natural sobre o qual se desenvolve uma bioética obstrucionista.

Além disso, mesmo para aqueles que não tinham como base fundamentos religiosos, o conceito de dignidade ainda permanece escorregadio e ambíguo. Nesse sentido, são identificadas três características da dignidade que minam qualquer possibilidade de usá-la: (1) sua relatividade; (2) sua fungibilidade; e (3) sua nocividade.

A dignidade é relativa porque pode variar radicalmente com o tempo, o lugar e as pessoas. Para ilustrar sua afirmação, Kass (2008), um dos membros do Conselho Presidencial

de Bioética, considera ofensivo à dignidade uma pessoa lambendo um sorvete ou comendo um alimento na rua, pois isso seria um comportamento vergonhoso, equiparado ao hábito dos animais, portanto indigno. O ato de lamber o sorvete é equiparado a um hábito felino, assim como o fato de comer alimentos sem o uso de talheres afeiçoa-se ao instinto animal. Tais considerações mostram, para Pinker, o quanto a utilização da dignidade para legitimar ou repudiar atos sociais pode ser controversa.

Embora o Conselho presidencial norte-americano e o Vaticano considerem a dignidade como algo sagrado, que nunca deve ser comprometido, em muitas situações ela é deixada de lado em prol de algum outro benefício. Por exemplo, nos sujeitamos a exames de colonoscopia ou a uma revista policial íntima com a finalidade de se assegurar a vida, a saúde ou a segurança. Pinker conclui, assim, que a dignidade não é algo absoluto, que deva prevalecer em qualquer circunstância.

Em ideia semelhante, Barroso (2013) não ignora certa banalização do uso da dignidade humana como justificativa para algum direito ou proibição. O autor cita o caso envolvendo a “briga de galo” cuja permissão era dada por uma lei do Estado do Rio de Janeiro. A questão chegou ao STF e a lei foi tida por inconstitucional, com o fundamento de que ela autorizava prática criminosa e era contrária à Constituição Federal, que proíbe a submissão de animais a atos de crueldade e busca proteger a preservação da integridade do meio ambiente. No entanto, nos votos com a aprovação de dois Ministros, o Ministro Cezar Peluso sustentou que o caso possuía relação com o princípio da dignidade da pessoa humana porque a lei estadual estimularia a prática de atos degradantes à figura humana, por causa de sua irracionalidade.

Retornando a Pinker, quanto à nocividade da dignidade, ela pode ser utilizada para, por exemplo, legitimar uma situação de tirania, de totalitarismo, ou de repressões, casos em que se buscaria impor a dignidade de um (pessoa ou grupo) sobre a de outros. Salienta o autor que repressões políticas podem ser utilizadas como forma de defesa da dignidade de um Estado, líder ou credo. Desse modo, uma sociedade livre seria contrária a esse tipo de dignidade, admitindo sátiras de líderes, de políticos ou de costumes sociais, pois o preço da liberdade seria tolerar o comportamento de outros que podem ser indignos em nossa concepção.

Apesar dessas constatações, a dignidade ainda tem importância moral, especificamente por sua capacidade de recomendar o respeito aos direitos e interesses de outras pessoas. Mas ela não deixa de ser superficial, porque se limita somente ao início da percepção de que as pessoas merecem respeito, e não propriamente identifica a realidade dos

casos, ou seja, o mérito que está por trás dos sinais de dignidade. Essa constatação pode levar a ilusões de dignidade, fazendo-nos atribuí-la a entes que não são merecedores dela.

Logo, a dignidade atua no campo da percepção e não da realidade. Ela ajuda a identificar uma situação de proteção *a priori*, mas somente isso não basta. No momento da transição da percepção para a realidade é que podem surgir as ilusões, levantando à relatividade, à fungibilidade e à nocividade da dignidade, conforme acima abordado. Diz Pinker que assim como o cheiro do pão desperta a vontade de comê-lo, a percepção da dignidade desencadeia a intenção de proteger ou promover algo. De acordo com essa análise, alguns paradoxos podem aparecer. Seria possível respeitar uma vontade supérflua de um grande ditador simplesmente por causa do valor sugerido pela pompa que o cerca, ao passo que poderíamos desconsiderar uma necessidade básica de um mendigo por ele dormir na calçada, se vestir com farrapos e estar muito sujo.

Sendo assim, restaria indagar quais aspectos da dignidade merecem respeito. Um aspecto claro da dignidade é o que tem a ver com a integridade humana, com a forma que gostaríamos de ser tratados, ou seja, que ninguém nos roube, nos agrida, viole nossa privacidade etc. Assim, essa noção de dignidade nada mais é do que uma aplicação do princípio da autonomia, já mencionado por Macklin (2003).

Outra justificativa para manter o apelo à dignidade estaria no fato de que reduções na dignidade podem gerar uma espiral de desumanização e maus tratos, por exemplo, quando prisioneiros são forçados a viver na miséria; ou quando os judeus da Alemanha nazista eram degradados e humilhados, as pessoas tendiam a achar mais fácil desprezá-los. De acordo com tal abordagem, práticas que violem a dignidade poderiam gerar novas práticas violadoras, gerando a espiral mencionada. De todo modo, ambas as hipóteses envolvem casos de coerção, cujo núcleo de proteção também reside na autonomia e no respeito pelas pessoas.

Em tese, poderia haver também casos em que a renúncia voluntária à dignidade levaria à insensibilidade dos demais e à tendência a causar prejuízos a terceiros. O esporte de arremesso de anão poderia levar ao desrespeito aos outros anões; ou a pornografia violenta poderia incentivar a violência contra as mulheres. No entanto, a edição de leis restritivas com essas motivações somente se sustentaria a partir de dados empíricos seguros, pois corre-se o risco de imaginar que “qualquer coisa pode levar a qualquer coisa” (PINKER, 2008).

As duas principais críticas à dignidade apresentadas podem ser aplicadas também em relação à justificação do direito à saúde baseada na dignidade. Não se ignora o papel que ela tem exercido para justificar milhares de decisões tomadas no Brasil, seja no âmbito do Judiciário ou mesmo na elaboração de políticas públicas. Especialmente quando as prestações

exigidas pelos cidadãos integram o rol de ações e serviços básicos previstos no SUS e eles estão apenas relatando a ineficiência e a inefetividade estatal, não há maiores implicações para o apelo à dignidade. Isso porque o rol de prestações básicas deve contemplar um mínimo existencial (ou social), cuja principal função seria compor o núcleo da dignidade, que coincide com o respeito à autonomia (compreendido como incluindo o que é necessário para seu desempenho).

O problema surge quando se justifica, por exemplo, a concessão de medicamentos fora das listas do SUS simplesmente pela garantia da dignidade do indivíduo, em detrimento da equidade, universalidade, seletividade, dentre outros princípios que buscam dar sustentabilidade ao sistema. O apelo à dignidade parece não ser a melhor forma de se resolver a questão, pois, conforme mencionado, (1) dificilmente haveria outro direito ou interesse social relevante que sobrepujasse o direito à vida e à saúde. Além disso, a concessão de medicamentos fora da lista, por exemplo, (2) pode gerar prejuízos diversos ao Estado e à sociedade, pois necessitaria de um aporte de recursos ao orçamento público que, muitas vezes, seria retirado de outro setor. O argumento invocado em prol da dignidade nesses casos é de que o Judiciário nada mais faz do que cumprir a Constituição. A hierarquia das normas no direito brasileiro estabelece que a Constituição prevalece sobre qualquer lei ou ato normativo infraconstitucional, razão pela qual entende-se que eventuais Portarias ministeriais não teriam a competência para restringir o acesso à saúde, direito social garantido constitucionalmente.

O que tais decisões parecem desconsiderar, a despeito de algumas exceções, é que a saúde integra o sistema da seguridade social, conforme apontado no primeiro capítulo, que possui como princípios orientadores a seletividade e a distributividade na prestação dos benefícios e serviços, a equidade na forma de participação e custeio e como objetivo a justiça social.

Nesse contexto, torna-se temerário dizer quais prestações integram ou não o direito à saúde, pois o conceito de dignidade não ajuda nessa delimitação. Considerando, enfim, que as políticas de saúde operam no âmbito da justiça distributiva e devem buscar, dentre outras finalidades, a promoção da equidade, existe outra justificativa para o direito à saúde que pode contribuir melhor para a solução de questões complexas como a enfrentada neste trabalho.

4 A JUSTIFICATIVA BASEADA NA EQUIDADE: A SAÚDE COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA

Até o momento buscou-se demonstrar a influência que a ideia de dignidade humana exerce sobre a compreensão do direito à saúde. Foi visto que a abordagem da dignidade está presente fundamentalmente no discurso jurídico, o que se justifica tanto por elementos históricos (período pós Segunda Guerra) quanto normativos (princípio constitucional previsto no art. 1º, III). Além disso, buscou-se identificar alguns elementos delimitadores da noção de dignidade, bem como mencionar algumas críticas que a ela são feitas.

Este capítulo, por sua vez, tem por objetivo delimitar o conceito de equidade e demonstrar como o princípio da igualdade equitativa de oportunidades pode justificar a garantia de promoção do direito à saúde. De início, são apresentadas diversas noções de equidade e identificada a que será adotada neste trabalho. Depois disso, busca-se demonstrar como a equidade é tratada pela teoria de justiça de Rawls (2003), situando nela o princípio da igualdade equitativa de oportunidades.

Daí em diante será possível notar como a discussão em torno do direito à saúde está inserida no âmbito da justiça social e se torna complexa a partir da análise de seus determinantes sociais. Nesse ponto, a abordagem à luz da equidade permite compreender como as diversas desigualdades existentes podem influenciar a saúde da população, cuja garantia e promoção vai além do simples fornecimento de serviços médicos ou de assistência farmacêutica.

Ainda nessa discussão, será apontado como (mas não apenas) um sistema de saúde de cobertura universal pode contribuir para a garantia de condições equitativas de saúde e, ao fim, é demonstrada a interpretação do “direito à saúde” feita por Daniels (2013), à luz da igualdade equitativa de oportunidades, bem como discutidas questões sobre o direito individual e o direito coletivo à saúde e as implicações dessa dicotomia.

4.1 ALGUMAS NOÇÕES DE EQUIDADE

O conceito de equidade possui diversas dimensões. No âmbito das teorias de justiça ele foi amplamente estudado por John Rawls (2000, 2003), na investigação acerca de quais bens devem ser fornecidos pelo Estado, isto é, ele buscou responder à questão de como entender as exigências de liberdade e igualdade.

Dessa maneira, a equidade tornou-se um conceito presente nas discussões sobre políticas públicas. No caso da saúde, a primeira pergunta que deve ser respondida é se as políticas sociais e econômicas nesse setor possuem como objetivo também a promoção da equidade, uma vez que não há menção literal a esse termo nas normas brasileiras mais importantes sobre o tema, como a Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica da Saúde (BRASIL, 1990).

A equidade entra no discurso internacional sobre o direito e as políticas de saúde a partir do enfoque sobre as causas da desigualdade no acesso a bens e serviços de saúde, conhecidas como Determinantes Sociais da Saúde (DSS). Assim, em âmbito internacional (Organização Mundial de Saúde, Declaração de Alma-Ata e Carta de Ottawa) e nacional (desde a 8ª e principalmente a 11ª Conferência Nacional de Saúde, de 2000, o Conselho Nacional de Saúde tem feito proposições e estratégias reunidas em onze compromissos relacionados à construção da equidade) a equidade, de alguma forma, tornou-se objeto de pesquisas e da atuação de instituições ligadas à saúde (PAIM, 2006).

Na legislação brasileira, a equidade aparece como decorrência do acesso igualitário às ações e serviços de saúde, nos termos do art. 196 da Constituição de 1988. Na Lei Orgânica da Saúde, é comum fazer alusão à equidade nos seguintes dispositivos: art. 2º, §1º, art. 7º, VII, ao mencionar a ideia de igualdade de assistência (DUARTE, 2000) e especificamente no art. 3º, inserido em setembro de 2013, cuja redação menciona diversos fatores sociais e econômicos que determinam e condicionam o estado de saúde de uma pessoa:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (BRASIL, 1990).

Nesse ponto, vale recorrer à diferenciação entre “necessidades de saúde” e “necessidades de serviços de saúde”. As primeiras levam às desigualdades nas condições de vida e saúde e as outras às desigualdades no acesso e consumo de serviços de saúde. Assim, grupos sociais menos privilegiados respondem a certas patologias diferentemente de outros grupos, exigindo, portanto, cuidados mais intensivos. Por exemplo, Duarte (2000) esclarece que é clássica a relação existente entre pobreza, desnutrição e doenças infecciosas, uma vez que as consequências de tais adversidades são diferentes entre grupos sociais distintos, podendo levar os menos privilegiados até mesmo à morte, enquanto os mais abastados possuem uma recuperação sem maiores complicações. Nesse sentido, as necessidades de

saúde são diferentes entre diversos grupos populacionais, razão pela qual o foco não deve recair somente no acesso aos serviços.

Uma regra comumente considerada para a distribuição de serviços de saúde é aquela segundo a qual pessoas com as mesmas necessidades devem ter o mesmo acesso aos serviços de saúde. Tal formulação ignora, contudo, fatos concretos causadores de iniquidades, por exemplo, a questão de se um trabalhador rural terá as mesmas necessidades de serviços de saúde de um alto executivo (VIEIRA-DA-SILVA; ALMEIDA FILHO, 2009). Certamente, as condições de trabalho (para focar apenas nesse condicionante) de ambos serão diversas, pois enquanto o primeiro se submete a várias horas de trabalho pesado sob o sol, o segundo executa suas atividades em locais confortáveis e minimamente sujeitos a insalubridades.

Outra formulação, que decorre do princípio do acesso igualitário, é de que “pessoas com a mesma situação clínica devem receber o mesmo tratamento, inclusive no que tange a exames de apoio ao diagnóstico, prazos, acomodações etc.” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 73). Embora essa máxima reproduza melhor o aspecto da igualdade em face da formulada anteriormente (necessidade iguais), na realidade ela não auxilia na solução de problemas pontuais. Veja-se, por exemplo, que as duas camadas (DANIELS, 2013) do sistema de saúde brasileiro (pública e privada), por si só, são capazes de contestar aquela formulação.

Corroborando essa afirmação, o que se observa em muitos casos é que a parcela da população que faz uso do sistema público de saúde é, predominantemente, a de baixa renda; enquanto a população de média e alta renda utiliza, em grande parte, os serviços disponibilizados pelo sistema privado (PAIM et al, 2011). Com relação aos gastos, os das famílias mais ricas ocorrem com planos de saúde, enquanto os gastos da população com baixa renda destinam-se a remédios, sendo possível deduzir que no segundo grupo predomina, muitas vezes, a recuperação. Tais fatos são causadores de desigualdades socioeconômicas, pois as pessoas passam a ter diferentes padrões de cuidados de saúde no sistema brasileiro.

Além disso, há pouco tempo foi noticiado que o Governo Federal negociava com grandes empresas da área de saúde a redução da carga tributária e o aumento do financiamento do setor em prol de melhorias na rede hospitalar (NERY et al.; 2013). Em contrapartida, a União teria exigido como garantia a ampliação do acesso aos planos por grupos de baixa renda, com a redução dos preços, e a ampliação da rede credenciada. Tal medida chamou a atenção de setores da sociedade, que identificaram na medida duas iniquidades intrínsecas: para os planos, a desoneração fiscal; para os pobres, a sobretaxa, pois

além de pagarem ao SUS, obrigatoriamente pagarão mensalidades aos planos, onerando as famílias mais numerosas e com menor renda *per capita* (CARVALHO, 2013).

A despeito dessa crítica, a medida poderia, em tese, promover a igualdade entre tais grupos, no entanto, do ponto de vista da equidade, o resultado seria de difícil constatação. Isso porque a contraprestação do consumidor aos planos de saúde é proporcional à cobertura e aos serviços, de modo que os melhores cuidados ainda seriam reservados a quem pudesse pagar mais. Tal disparidade poderia ser reduzida, caso o sistema público de saúde se aproximasse consideravelmente do que está previsto em sua formulação constitucional e legislativa, ou seja, se o “SUS real” se identificasse o máximo possível com o “SUS formal” (PAIM, 2006).

A abordagem da equidade se afasta da noção de igualdade formal (em abstrato), uma vez que foca na solução de problemas concretos aos quais esse princípio geral de igualdade não é capaz de dar respostas satisfatórias. Assim, a equidade poderia ser tida como uma adaptação de normas universais e abstratas que, por terem esses atributos, muitas vezes poderiam gerar injustiças se aplicadas literalmente a casos específicos (CAMPOS, 2006).

Além dessas noções, existem quatro tipos diferentes de equidade que podem ser considerados (TURNER, 1986 *apud* DUARTE, 2000): ontológica, de oportunidade, de condições e de resultados. A equidade ontológica está focada na singularidade da natureza humana, referindo-se à igualdade natural entre as pessoas. A equidade de oportunidade, por sua vez, tem como principal atributo a meritocracia. De acordo com esse tipo, basta que se garantam universalmente alguns direitos fundamentais básicos para que as pessoas passem a ter, independentemente de sua origem, as mesmas oportunidades de alcançar posições individuais.

Próxima da abordagem de oportunidades está a equidade de condições, a qual considera o ponto de partida das pessoas, isto é, somente pessoas sujeitas às mesmas condições de vida podem ser consideradas igualmente para competir em habilidades e méritos individuais. Por fim, o quarto tipo, equidade dos resultados, leva em conta aspectos legais e políticos capazes de compensar os efeitos das desigualdades de condições sociais por meio de medidas discriminatórias em favor de grupos menos privilegiados.

A despeito da diversidade semântica, as discussões acerca da equidade em saúde – principalmente após as contribuições de Whitehead (1992) - têm convergido para a ideia de identificar e diminuir as desigualdades ou iniquidades consideradas injustas, desnecessárias e evitáveis, seja em relação às necessidades de saúde ou relativas ao acesso aos serviços.

Na literatura sobre equidade em saúde, Whitehead tem sido a mais citada, especialmente por suas contribuições à OMS que levaram à escala mundial as discussões

acerca das iniquidades em saúde. Embora essa autora não apresente formulações mais sofisticadas acerca da justiça em saúde (VIEIRA-DA-SILVA; ALMEIDA FILHO, 2009), suas proposições encontram-se no cerne das principais discussões sobre oportunidades iguais e distribuições de bens e serviços básicos, a exemplo das desenvolvidas por Rawls e Daniels.

Portanto, uma definição de equidade adequada para os propósitos desta pesquisa deve considerar que uma situação é equitativa quando não há desigualdades desnecessárias e evitáveis no acesso a serviços de saúde. Por trás dessa definição está a ideia de que, por serem capazes de ter preferências racionais sobre sua própria vida, todos os indivíduos merecem que seus interesses sejam tratados em igualdade de consideração e por isso não deve haver privilégios injustificados para alguns indivíduos.

Assim, a próxima seção aborda a teoria de justiça, especialmente John Rawls, e formula melhor o conceito de equidade como igualdade equitativa de oportunidades. Discorrer de forma detalhada acerca da teoria rawlsiana não é o objetivo deste trabalho, razão pela qual serão mencionadas apenas as formulações principais de sua teoria de “justiça como equidade”, especificamente seus dois princípios de justiça.

4.2 A IGUALDADE EQUITATIVA DE OPORTUNIDADES NA TEORIA DE RAWLS

A saúde assume relevância para a teoria de justiça na medida em que contribui para garantir a participação das pessoas no espaço público e, sobretudo, a realização de seus planos de vida. Na abordagem da equidade, o direito à saúde não é justificado a partir da (e pela) dignidade, mas sim com base na necessidade de garantir a igualdade de oportunidades (RAWLS, 2003) e a distribuição equitativa dos riscos de doença (DANIELS, 2013).

Isso se dá porque a teoria de justiça de Rawls baseia-se na celebração de um acordo mútuo entre pessoas em condições equitativas, qualificando-se como um tipo de contrato hipotético (GARGARELLA, 2008). O contrato hipotético é um acordo que seria feito sob condições ideais, pois nele não se possuiriam condições de negociação e barganha que comumente são utilizadas em um contrato real, como vantagens sociais ou econômicas. O acordo hipotético leva em conta, justamente, o fato de que não caberia ter o conhecimento da posição social ou das características físicas ou psicológicas das pessoas, pois estariam sob um “véu de ignorância”. Ou seja, não saberia se seriam ricos ou pobres ou saudáveis ou doentes, por exemplo.

Segundo Rawls, nesse acordo hipotético, por estarem sob o “véu de ignorância”, os indivíduos escolheriam como regras para elaborar a sociedade os seguintes princípios, que

seriam então considerados os dois princípios fundamentais de justiça: (a) cada pessoa deve ter o direito a liberdades básicas iguais compatíveis com o mesmo esquema de liberdade para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: todos têm o mesmo direito a ocupar os cargos e posições na sociedade (igualdade equitativa de oportunidades) e têm de beneficiar ao máximo quem está em pior situação (princípio da diferença).

O primeiro princípio é pouco controverso, pois é um pressuposto fundamental das sociedades democráticas. A novidade está no segundo princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Vale dizer que a igualdade equitativa difere da ideia de igualdade em sentido formal (cargos públicos e posições sociais abertos a talentos). A igualdade equitativa visa possibilitar que as pessoas tenham chances iguais de acesso a tais cargos, o que equivale a dizer que aqueles que possuem o mesmo nível de talento ou habilidade e a mesma disposição para utilizar seus dons naturais deveriam ter as mesmas perspectivas de sucesso, independentemente da classe social onde nasceram ou que propiciem as mesmas perspectivas de cultura e realização para aqueles com motivação e dotes similares.

Nesse contexto, a “oportunidade” deveria ser um bem social primário protegido pela sociedade e por suas instituições, juntamente com outras liberdades, poderes, renda e riqueza e autorrespeito. Os bens primários são aqueles que as pessoas desejariam ter quaisquer que fossem seus planos de vida (RAWLS, 2003). Logo, para saber se uma sociedade é mais ou menos justa, devemos analisar o grau (eficácia, efetividade, universalidade etc.) de liberdades, poderes e oportunidades à disposição dos indivíduos.

É importante ressaltar que Rawls não menciona a saúde especificamente em sua teoria de justiça como uma forma de se garantir oportunidades. Mas, como será visto, Daniels (2008), com o endosso de Rawls, a coloca como um componente de garantia de oportunidades. Na formulação da teoria de justiça rawlsiana – pensada para desenvolver questões gerais sobre justiça social – há a ideia de que os cidadãos não adoeceriam prematuramente, de modo que teriam garantida a plenitude de suas funções ao longo da vida. Daí a importância da abordagem de Daniels (2011, p. 256), ao aplicá-la ao mundo real, “mundo da doença e da morte prematura”.

Rawls evita, deliberadamente, atribuir níveis de doença aos indivíduos em sua posição original, bem como analisar como o problema da assistência médica especificamente concorre com outros custos na garantia de bens fundamentais da sociedade, pois ele considera esses assuntos “difíceis e complicados” (2003, p. 248). É nesse cenário que Rawls remete ao aprofundamento que Daniels opera sobre a questão da saúde, servindo-se de todo o aparato

teórico para incrementar um ponto à teoria de justiça como equidade, trabalhando-a em diversas temáticas em saúde, sobretudo a que envolve as desigualdades, integrando a bibliografia sobre os determinantes sociais. Portanto, a qualidade das instituições da estrutura básica da sociedade na teoria de Rawls dependerá de como o sistema de saúde está estruturado. Aspectos relacionados à universalidade, à possibilidade de existência e extensão de um setor privado complementar, ao arranjo hierárquico, à forma de distribuição de competências, diferenças no acesso etc., influenciarão na equidade do sistema e, portanto, em sua capacidade de garantir a igualdade de oportunidade.

No âmbito dessas instituições poderemos pensar tanto em instâncias legislativas, incumbidas de formular, criar e possibilitar a exequibilidade dos direitos, quanto instituições executivas às quais cabe a efetiva execução das políticas públicas, cuja finalidade é a manutenção das pessoas o mais próximo possível do ideal de funcionamento normal sob um cenário de limitação razoável de recursos (DANIELS, 2011). Logo, a garantia de oportunidades pode ser interpretada como um princípio que perpassa todo o espectro jurídico-político e alcança o âmbito social, promovendo, de forma ampla, a equidade entre as pessoas.

É oportuno chamar a atenção para o fato de que a garantia de oportunidades não significa, no entanto, um nivelamento das diferenças naturais (talentos e habilidades) entre as pessoas, mas sim o restabelecimento de um leque equitativo de oportunidades a que as pessoas teriam acesso se os arranjos sociais fossem menos desiguais. Trata-se de identificar uma classe de desvantagens injustas (impedimentos às oportunidades) e buscar eliminá-las, garantindo que as pessoas vivam dentro do nível de funcionamento normal (*normal functioning*), proporcionando as oportunidades que elas teriam acesso se fossem saudáveis. Esse papel, contudo, somente pode ser exercido satisfatoriamente por políticas e instituições que tenham por foco a garantia de algum nível razoável de equidade, pois do contrário, tais intervenções igualitárias podem gerar mais iniquidades do que as já verificadas na realidade.

Uma vez procedida a extensão feita por Daniels, a primeira premissa a ser destacada é: se a manutenção de um funcionamento normal dos indivíduos lhes garante, limitada mas significativamente, a proteção de um leque de oportunidades, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, por sua vez, deve incidir na decisão acerca da distribuição de serviços de saúde em todos os aspectos.

Diante dessas considerações, a busca de condições razoáveis de saúde contribui para garantir um leque de oportunidades às pessoas, permitindo que elas possam exercer suas capacidades sem que haja obstáculos para uns e não para outros. Logo, a justificativa baseada na equidade entende que o direito à saúde pode ser identificado como um caso especial de

direito à igualdade equitativa de oportunidades, permitindo afirmar que ao se proteger a saúde, protegem-se também as oportunidades.

4.3 A SAÚDE E SEUS DETERMINANTES SOCIAIS

Quando Daniels promove a extensão da teoria de justiça como equidade para a saúde, uma de suas preocupações é o estudo dos determinantes sociais de saúde, que, conforme será detalhado, compreendem diversos fatores sociais (não ligados exclusivamente aos serviços de saúde) que influenciam as condições de saúde das pessoas ou de um grupo. Foi visto que a teoria rawlsiana pressupõe um acordo mútuo celebrado sob uma posição original em que todos os indivíduos são livres e iguais para, a partir dali, decidir as regras sociais às quais estarão submetidos. Se os “contratantes” devem ser vistos como iguais, não deveriam eles insistir pela distribuição estritamente igual de todos os bens sociais?

Um detalhe importante na abordagem de Rawls é que tais indivíduos têm ciência de que, por fatores sociais ou biológicos, poderão estar em situações privilegiadas ou não. Isto é, na posição original os indivíduos devem ter a consciência de que sua posição na sociedade pode variar por fatores alheios à vontade de cada um deles, razão pela qual entenderiam como razoável um princípio que guiasse a distribuição de bens de modo a beneficiar aqueles em piores condições (princípio da diferença).

Essa loteria biológica e/ou social pode também gerar condições de desigualdade em saúde. Vejamos alguns exemplos. As condições de trabalho de um indivíduo podem afetar gravemente a sua saúde, levá-lo ao estresse ou até mesmo expô-lo a agentes nocivos à saúde, o que justificaria uma intervenção a fim de promover a redução de sua jornada de trabalho ou uma compensação positiva em sua remuneração. Indivíduos pobres ou geograficamente prejudicados podem ter o acesso a serviços de saúde e de saneamento precários, enquanto indivíduos ricos e habitantes de grandes centros possuem acesso a serviços de saúde de qualidade e a boas condições de saneamento. O investimento em uma cobertura universal pode possibilitar que indivíduos que não possuem condições de pagar por serviços médicos também tenham atendimento.

Tais exemplos ilustram o que o princípio da diferença exige, ou seja, em situações desiguais são permitidas intervenções que minimizem as desigualdades em benefício dos menos privilegiados. Nesse sentido, tanto Rawls como Daniels concordam que para se promover a igualdade equitativa de oportunidades não basta extinguir barreiras discriminatórias, mas também é preciso tomar medidas para mitigar os efeitos das

desigualdades socioeconômicas e outras contingências sobre as oportunidades das pessoas. Considerando que garantir saúde implica em garantir oportunidades, o estudo das desigualdades e a distribuição dos determinantes sociais da saúde são questões que importam para a abordagem levada a efeito neste capítulo.

Como mencionado anteriormente, outro fator que merece ser levado em conta ao abordar o direito à saúde como um direito à igualdade equitativa de oportunidades diz respeito à noção restrita que comumente se tem das ações e serviços de saúde. De modo simples, trata-se de investigar como a saúde das pessoas é determinada não somente pelo acesso que elas têm aos serviços de saúde, mas sim pelo grau de bem-estar proporcionado ou não pelo contexto em que crescem, vivem, trabalham e envelhecem, o que influencia no modo como elas vivem e morrem (OMS, 2010). Assim, diversos fatores socialmente controláveis influenciam a saúde das pessoas, ainda que eles não constem propriamente da relação de serviços e ações de saúde, tais como fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos, raciais, psicológicos e comportamentais (BUSS; PELLEGRINI FILHO, 2007).

Muitas vezes se considera que o principal determinante da saúde de uma sociedade é o avanço tecnológico, da medicina científica etc. No entanto, se ignora que a causa de grande parte dos problemas de saúde das pessoas tem a ver com as desigualdades socioeconômicas. Daí ser relevante a discussão acerca dos determinantes sociais da saúde (DSS).

Considerando o conceito ampliado de saúde exposto pela Organização Mundial de Saúde (saúde como estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como ausência de doença ou de enfermidade), bem como os estudos sobre seus determinantes sociais (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2010), a saúde passou a ser vista como algo além da mera ausência de doença. Essa concepção trouxe para esse setor uma série de circunstâncias e condições relacionadas, direta e indiretamente, à promoção do bem-estar humano de forma ampla, incluindo níveis satisfatórios de saneamento básico, educação, boas condições laborais, do meio ambiente etc. Nesse contexto também está situada a equidade na saúde.

Falar em equidade somente possui sentido quando se considera que há ou pode haver situações de desigualdade ou discriminações injustas ou evitáveis (DAHLGREN; WHITEHEAD, 1991; CHIEFFI; BARATA, 2009). Contudo, essas situações indesejáveis não são geradas, exclusivamente, pela forma como os serviços de saúde são distribuídos, elas vão além do mero atendimento de saúde,

A fim de ilustrar os diversos determinantes sociais causadores de iniquidades em saúde, tornou-se comum a referência ao modelo proposto por Dahlgren e Whitehead (1991).

O modelo (Figura 1) permite visualizar os determinantes sociais dispostos em diferentes camadas, relacionando-os à proximidade em relação aos indivíduos, que estão em sua base. De um modo geral, são considerados nas camadas fatores relacionados ao crescimento populacional, às taxas de fecundidade e mortalidade, à distribuição de renda e educação, às condições no ambiente de trabalho, ao acesso à informação e serviços de saúde, às organizações e redes comunitárias e de solidariedade, ao alcoolismo, sedentarismo, dentre outros.



Figura 1 - Modelo de Determinantes Sociais da Saúde
Fonte: Dahlgren e Whitehead, (1991 *apud* CNDSS, 2008)

Os primeiros fatores alheios às características individuais a influenciar a saúde das pessoas seriam os relacionados a seus estilos de vida, seguidos da influência das redes comunitárias e de apoio. A camada seguinte expressa as condições de vida e de trabalho e aponta que pessoas em desvantagem social apresentam diferentes graus de exposição e de vulnerabilidade aos riscos à saúde, como, por exemplo, condições habitacionais inadequadas ou trabalhos insalubres, estressantes ou perigosos, além de um acesso restrito a serviços sociais. O último nível busca demonstrar os macrodeterminantes, que possuem relação com o contexto social, econômico, cultural e ambiental da sociedade, podendo também ser incluídos nessa mesma camada os determinantes supranacionais decorrentes do processo de globalização.

Nesse cenário, a abordagem da equidade em saúde assume relevância pelo fato de possibilitar a redução das iniquidades existentes e por envolver questões que ultrapassam o âmbito meramente individual, tornando-se uma questão de justiça social (SEN, 2010). Por tal

razão, uma concepção de justiça social que pressuponha a distribuição equitativa das oportunidades humanas deve considerar a saúde como um importante componente.

Por isso, torna-se necessário também definir que tipos de bens e serviços de saúde devem ser prestados às pessoas. A investigação acerca de como o direito à saúde é um direito à igualdade justa de oportunidades foca em diversos elementos de justiça social e distributiva, seja com relação à forma de acesso a bens e serviços de saúde ou a questões ligadas especificamente aos tipos de cuidados devidos às pessoas.

Lidar com essas questões é um dos principais dilemas dos sistemas de saúde, uma vez que pressupõe acordos (escolhas) razoáveis tanto em relação à abrangência e amplitude das políticas públicas do setor quanto à alocação e destinação dos recursos que as sustentarão. Recursos esses que são limitados, uma vez que manter a saúde (funcionamento normal das pessoas) não é a única meta ou bem social de uma sociedade (DANIELS, 2011; 2013).

4.4 O ACESSO UNIVERSAL E O FINANCIAMENTO DO SISTEMA

Até o momento, buscou-se identificar as principais noções de equidade e como esse conceito aparece na teoria de justiça de John Rawls, desdobrando-se no princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Em seguida, buscou-se demonstrar como os determinantes sociais da saúde são distribuídos, o que contribui para a ampliação da noção de política pública de saúde, que passa cada vez mais a dialogar com outros fatores que condicionam a saúde de uma população.

No entanto, além dessas questões, a temática acerca da abrangência dos serviços de saúde conjugada com a forma de financiamento do sistema de saúde são questões importantes para a abordagem da equidade. Conforme se mencionou, o princípio da diferença permite certas desigualdades com a finalidade de proteger os menos privilegiados.

Assim, se os serviços de saúde fossem disponíveis somente a quem pudesse adquiri-los - isto é, pagar por eles - uma parcela considerável da população seria levada à ruína financeira, enquanto outra não poderia pagar uma consulta médica sequer. Desse modo, a universalidade permite que todos tenham acesso aos serviços e cuidados de saúde, não somente aqueles que podem desfrutar de atendimento de qualidade no âmbito privado.

A universalidade, nesse contexto, tem a ver principalmente com a abrangência dos serviços de saúde, isto é, ela visa que se não todos, pelo menos a maioria tenha acesso aos serviços médicos e sociais que garantam o funcionamento humano normal (DANIELS, 2011).

Muitos países têm adotado o sistema de cobertura universal, tais como Chile, Colômbia, Cuba, Sri Lanka, Tailândia, Costa Rica, Gana, Mongólia, Filipinas, Tunísia, dentre outros. A universalidade significa, nesse aspecto, expandir ou manter a cobertura em três dimensões críticas: quem está abrangido; quais serviços estão garantidos; e que parte do custo está coberta (OMS, 2010).

No Brasil a universalidade possui maior afinidade com a primeira dimensão, especialmente a partir da interpretação do art. 196 da Constituição Federal de 1988, no qual consta que a saúde é direito de todos. A expressão foi encarada como uma conquista por diversos setores da sociedade (notadamente pelo Movimento de Reforma Sanitária), pois, até então, o atendimento à saúde somente era garantido para os trabalhadores formais (registrados) que contribuía para a previdência, ficando de fora, por exemplo, os desempregados e os trabalhadores rurais (informais) (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008).

As duas dimensões remanescentes apresentadas pela OMS (2010) identificam-se com a noção que se tem no Brasil de integralidade das ações e serviços de saúde, cuja interpretação é de que a cobertura oferecida pelo SUS deve ser a mais ampla possível (SARLET, 2013), possibilitando o acesso a um conjunto de ações e serviços de diferentes complexidades e custos, de forma integrada (promoção, prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação) e intersetorial (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2012). Isso não quer dizer que os países que adotam essa forma de cobertura estão dispostos a atender a qualquer tipo de necessidade que seus cidadãos venham a ter, mas sim que os serviços são prestados com base em um rol de benefícios específicos (DANIELS, 2013), uma vez que as necessidades são infinitas, enquanto que os recursos financeiros são escassos. Ou seja, “cobertura para todos não significa cobertura para tudo” (OMS, 2010, p. 22).

Por tais razões, a forma de financiamento e aquisição de receita do sistema influencia consideravelmente na prestação dos benefícios. Duas metas principais devem ser almejadas, por meio do financiamento, para atingir razoável e satisfatoriamente a universalidade: (i) prover todas as pessoas com acesso aos serviços de saúde (prevenção, promoção, tratamento e reabilitação) de que necessitem, de forma eficaz e com qualidade; (ii) e assegurar que a utilização de tais serviços não esteja condicionada a alguma forma de pagamento que leve o usuário do serviço ao sacrifício financeiro (OMS, 2010).

Sistemas exclusivamente públicos, como acontece no Canadá e na Noruega, são financiados por receitas fiscais gerais, enquanto muitos países europeus são financiados por meio de descontos em folha de pagamento de salários. Do mesmo modo, alguns sistemas possuem hospitais públicos, cujos profissionais (médicos, enfermeiros, empregados etc.) são

pagos pelo Estado, como é o caso do Reino Unido e da Noruega. Em outros, existe a prestação pública e privada dos serviços (embora com ampla regulação pública), como na Alemanha. O Brasil, por sua vez, adota o sistema de cobertura universal, financiado por receitas fiscais gerais, advindas de diversas fontes, como impostos, contribuições sociais, desembolso direto e gasto dos empregadores com saúde (CONASS, 2011; PAIM et al., 2011), mas admite a prestação de serviços pelo setor privado de forma complementar.

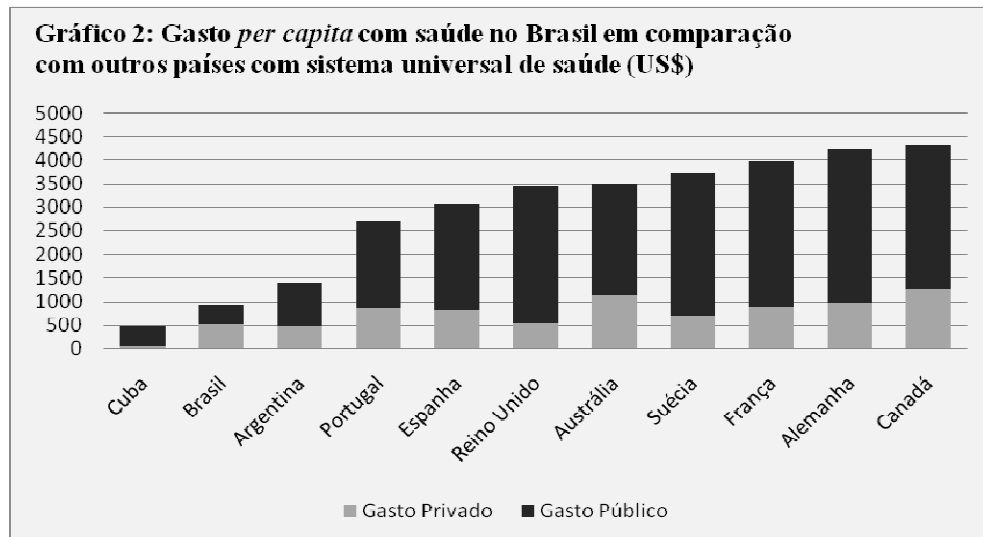


Gráfico 2 - Gasto per capita com saúde no Brasil em comparação com outros países com sistema universal de saúde (US\$)

Fonte: Tribunal de Contas da União (2013a)

Apesar da variedade de formas de financiamento, estudos indicam que o gasto público com serviços de saúde (em porcentagem do PIB) no Brasil é menor em comparação com diversos países com sistema universal, conforme demonstrado no Gráfico 2 (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013a) e que a porcentagem dos serviços de saúde oferecida pela iniciativa privada vem aumentando (PAIM et al., 2011). Em comparação com outros países de sistemas semelhantes (cobertura universal), o Brasil se diferencia, pois naqueles é o setor público quem possui mais participação nos gastos totais, enquanto que aqui o Estado arca com 45,7% dos gastos, restando 54,3% ao setor privado.

O acesso universal contribui para a redução das desigualdades em saúde, mas, ainda assim, existem diversas barreiras que devem ser levadas em conta para avaliar a justiça social. Tais barreiras podem ser financeiras ou não. Dentre as barreiras não financeiras podem ser mencionadas as diversas formas de discriminação e exclusão, questões de gênero, a má distribuição geográfica dos serviços de saúde.

Além disso, mesmo com o compromisso cada vez maior dos países em garantir a cobertura universal aos seus cidadãos, é ainda grande o número de pessoas que são levadas à

ruína financeira em decorrência dos gastos com saúde (OMS, 2010, 2008), denominados como pagamentos diretos (*out of pocket*), ou seja, pagos diretamente na ocasião da prestação de serviços. Tal barreira de acesso atinge cerca de 150 milhões de pessoas em todo o mundo, sendo que aproximadamente 100 milhões de pessoas são levadas para baixo do limiar da pobreza por conta de tais desembolsos. Essa barreira atinge claramente a fração pobre da população e os países de rendimentos médio e baixo.

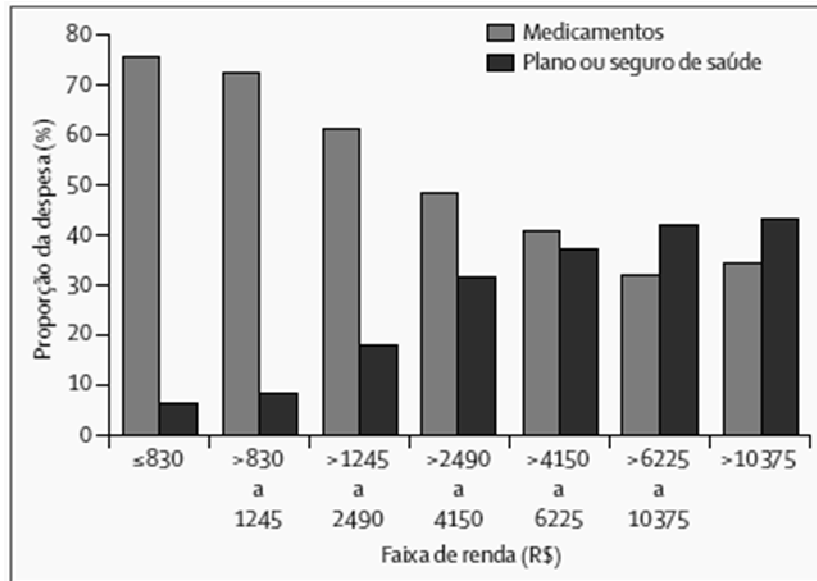


Gráfico 3 - Despesas com saúde por desembolso direto.
Fonte: Paim et al. (2011)

Tendo como campo de análise o contexto brasileiro, o Gráfico 3 demonstra a forma de distribuição dos pagamentos ou desembolsos diretos por faixa de renda. Enquanto a população com menor faixa de renda desembolsa valores predominantemente com medicamentos, na população com maior faixa é predominante o desembolso com planos e seguros de saúde, o que pode configurar desigualdade no acesso e na qualidade dos cuidados de saúde.

Observa-se, assim, que o acesso universal não elimina as desigualdades em saúde. Seria intuitivo pensar que a população com menor renda desembolsasse mais com medicamentos por não fazer uso satisfatório dos serviços de saúde preventivamente. No entanto, isso não se verifica ao analisar a faixa populacional que mais utiliza o SUS, especialmente a atenção primária ou básica, representada, atualmente, no Brasil, pelo Programa de Saúde da Família (PSF), que foi implantado no Brasil em 1994 como estratégia de estruturação da atenção básica dos sistemas locais de saúde, com ênfase na reorganização

de unidades básicas de saúde para que se concentrem nas famílias e comunidades e integrem a assistência médica com a promoção de saúde e prevenção de doenças.

Tal constatação pode ser feita com base nos dados apresentados pelo Gráfico 4, que indica que as populações rica e pobre recebem diferentes padrões de cuidados de saúde. Enquanto a parcela populacional cuja renda per capita é de 0 a 2 salários mínimos é atendida predominantemente pelo subsistema público (PSF), a parcela cuja renda per capita é superior a 2 até 5 salários mínimos utiliza predominantemente a cobertura por planos privados de saúde.

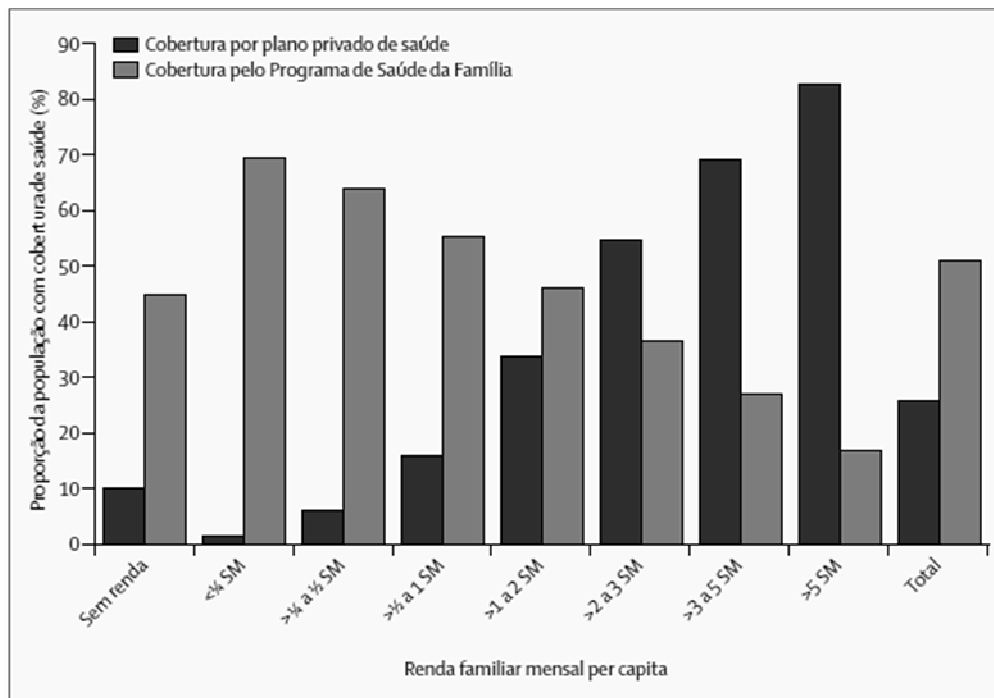


Gráfico 4 - Cobertura dos cuidados de saúde segundo a renda, em 2008.
Fonte: Paim et. al. (2011)

Apesar dessas constatações, o acesso universal é uma importante característica do sistema de saúde, especificamente por contribuir para a garantia da equidade, uma vez que garante um rol de prestações básicas que asseguram o bem-estar das pessoas e o funcionamento normal de seu organismo. Assim, pode-se dizer que há uma obrigação social de garantir o acesso à saúde a todas as pessoas, sem imposição de qualquer condição ou restrição. No entanto, o simples fato de garantir o acesso universal não irá atender o direito à saúde e possibilitar a equidade, uma vez que, em um contexto de limitações tecnológicas e de recursos, haverá divergências acerca de quais os serviços e ações que estarão disponíveis nesse sistema.

Além disso, outro dilema que Daniels (2013) estuda diz respeito às camadas de um sistema de saúde, cujo enfrentamento também envolve questões de justiça. Assim, um sistema

de saúde universal é justo ao permitir a existência de duas camadas, a pública e a privada? Mesmo países que adotam a cobertura universal podem oferecer diferentes respostas à pergunta.

A primeira obrigação social é assegurar a todos um nível de serviços que promova efetivamente o funcionamento humano normal e, por consequência, que assegure a equidade. Sabe-se que os recursos em saúde são limitados por outras prestações sociais básicas. Em razão de seu elevado custo de oportunidade (tudo que se abre mão para tê-lo), haverá alguns benefícios que não integrarão o nível básico, ou, ainda que haja seu fornecimento, isso se dará de forma limitada, com filas para o acesso, por exemplo.

Ainda assim, em uma sociedade com distribuição de renda desigual, os ricos poderão comprar serviços adicionais do setor de saúde suplementar? Daniels apresenta duas objeções a essa indagação, mas será considerada aqui apenas uma delas, por ser a mais importante. A objeção é de que isso pode prejudicar a camada básica do ponto de vista político e/ou econômico. Economicamente, pode afastar os melhores investidores da primeira camada (nível básico) e aumentar seus custos, reduzindo, ao final, a qualidade de vida dos usuários da mesma. Politicamente, pode minar o apoio político à camada básica, além de prejudicar a coesão social. Logo, se uma camada suplementar prejudica a camada básica nesses aspectos, o sistema de duas camadas é injusto.

Tratar dos problemas entre as duas camadas em um sistema universal envolve questões tanto de equidade quanto de liberdade. O dilema reside em (a) fazer com que todos sejam tratados adequadamente e (b) na liberdade que as pessoas têm de cuidar e melhorar sua saúde como bem entenderem. O parâmetro para aferir a justiça de um sistema de duas camadas deve focar na magnitude de benefícios disponíveis na camada alta e não disponíveis na básica. Formas altamente reconhecidas de salvar vidas e de recuperação não podem ser excluídas da camada básica e incluídas na segunda camada, sob pena de ferir a equidade do sistema e não atender à universalidade do acesso e do rol de coberturas.

4.5 POSSÍVEIS PROBLEMAS DE EQUIDADE NA JUDICIALIZAÇÃO

Diversos estudos têm abordado e, em alguma medida, tentado dar respostas aos possíveis problemas que a judicialização causa à equidade no acesso aos bens e serviços de saúde. Para a abordagem da equidade, a pergunta a ser respondida seria: o acesso por via judicial aos medicamentos pode agravar as desigualdades? Na judicialização estariam sendo

privilegiados os que têm maior possibilidade de acessar a justiça, em detrimento de outros (PEPE et al., 2010)?

Não há um estudo que retrate em nível nacional a judicialização da saúde e suas implicações. Existem, por outro lado, diversas pesquisas que buscam analisar o fenômeno de forma regionalizada, em um período determinado ou mesmo em relação a alguma categoria de medicamentos ou vinculados ao tratamento de doenças específicas (SCHEFFER, 2009; MEDEIROS et al., 2013).

Chieffi e Barata (2009) analisam possíveis conflitos das ações judiciais por medicamentos com os princípios básicos do SUS, especificamente o da equidade. O estudo teve como base de dados a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo (SES-SP) durante o ano de 2006. A metodologia baseou-se em estudo descritivo dos dados extraídos do sistema de controle das demandas judiciais na secretaria, observando as seguintes variáveis: número do processo judicial, advogado, médico prescritor, medicamento solicitado, nome do paciente, endereço de residência do paciente e, enfim, origem da receita médica. Para verificação de eventual violação da equidade consideraram a origem da receita médica, a área de residência de acordo com os estratos de vulnerabilidade social (Índice Paulista de Vulnerabilidade Social – IPVS) e o tipo de medicamento solicitado

Os resultados demonstraram que: 74% das 2.927 ações analisadas foram ajuizadas por advogados particulares; dos 954 itens solicitados, 28 (3%) não eram comercializados nacionalmente e 77% não pertenciam à política de assistência farmacêutica estadual; 47% dos pacientes possuíam receitas da rede privada, 48% do SUS e 4% não foram possíveis identificar; e cerca de 73% dos processos foram provenientes de pacientes residentes nos três estratos de menor vulnerabilidade social do Município de São Paulo.

Analisando os resultados, os autores concluem que, ao cumprirem as ordens judiciais, deixa-se de considerar a política de assistência farmacêutica vigente, não sendo avaliada a adequação do tratamento (custo-benefício), a sua real necessidade e a possibilidade de substituição do medicamento por equivalente que integre a política pública. Argumentam ainda que são desconsideradas informações sobre a possibilidade financeira do paciente em pagar o tratamento ou mesmo o advogado que o representou, bem como não há análise mais detida sobre a violação de algum princípio fundamental do SUS.

Apesar de reconhecerem a legitimidade da procura judicial por medicamentos (inclusive seu potencial de demonstrar a falta ou a demora na incorporação de novos medicamentos à política de assistência farmacêutica), os autores destacam como pontos negativos o espaço limitado e inadequado do processo para decidir questões coletivas como os

direitos sociais, bem como a falta de conhecimento técnico do juiz. Assim, concluem que houve ofensa à equidade no acesso aos medicamentos, pois a judicialização, no caso, beneficiou indivíduos que já ocupavam posições sociais privilegiadas (CHIEFFI; BARATA, 2009).

Também em São Paulo, Vieira e Zucchi (2007) buscaram descrever os efeitos das ações judiciais sobre medicamentos em relação a aspectos da política nacional de medicamentos. Foi realizada uma pesquisa documental, com abordagem qualitativa, analisando todos os processos existentes contra o Município de São Paulo no ano de 2005. Foram verificadas 170 ações contra a Secretaria que buscavam o fornecimento de medicamentos. Os autores destacam que somente foram analisados 22% do total de ações, pois o restante não se encontrava no Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde, o que configurou uma limitação do estudo.

A rede pública (SUS) deu origem a 59% das prescrições (26% municipais e 33% os demais); 54% dos pacientes contrataram advogados particulares; o câncer e a diabetes foram as doenças mais recorrentes (59%); dos medicamentos solicitados, 62% integravam a política de assistência farmacêutica; o gasto total com o atendimento das decisões judiciais foi de R\$876 mil, efetuado somente para itens não selecionados (que não faziam parte da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais), dos quais 73% poderiam ser substituídos; observam, ainda, que 75% (661 mil reais) do gasto total foram destinados à aquisição de antineoplásicos ainda com eficácia contestável à época; além disso, dois desses medicamentos não estavam registrados no Brasil.

Após a análise dos dados coletados e dos resultados, os autores descreveram alguns problemas decorrentes das ações judiciais, a saber: a desconsideração da responsabilidade diferente em cada esfera de governo, fazendo com que a secretaria municipal adquirisse medicamentos de responsabilidade estadual; aquisição de medicamentos não constantes da RENAME ou da REMUME, prescritos por profissionais privados sem a observância do princípio da integralidade das ações do SUS e não registrados pela ANVISA; a não observância das diretrizes terapêuticas, comprometendo o uso racional, bem como a aquisição de medicamentos com poucas evidências de eficácia e segurança; e, finalmente, o prejuízo à equidade.

Concluem, assim, que a maioria das demandas judiciais por medicamentos poderia ser evitada se fossem consideradas as diretrizes do SUS, bem como a organização do atendimento em oncologia e a observância das relações de medicamentos essenciais. A não

observância de tais diretrizes, segundo os pesquisadores, compromete a Política Nacional de Medicamentos, a equidade no acesso e o uso racional de medicamentos.

No Estado de Minas Gerais, Machado et al. (2011) analisaram o perfil dos demandantes e dos medicamentos pleiteados entre julho de 2005 e junho de 2006. Foram consideradas as seguintes variáveis: sexo, idade, diagnósticos, tipo de atendimento no sistema de saúde e como se deu a representação dos autores junto ao Poder Judiciário. Os medicamentos, por sua vez, foram descritos segundo registro na ANVISA, levando-se em conta sua essencialidade, a existência de financiamento público, a presença de alternativas terapêuticas no SUS e evidências de eficácia. Foram analisados 827 processos relacionados a 1777 medicamentos.

Alcançaram o seguinte resultado: predomínio do sexo feminino (60,2%) e de pacientes com mais de 60 anos (18,9%); aproximadamente 45% dos pacientes foram atendidos no sistema privado de saúde e 57,2% foram representados por advogados particulares; os diagnósticos mais frequentes foram artrite reumatóide (22,5%), diabetes mellitus tipo 1 (6,2%) e hipertensão arterial sistêmica (5,3%); os medicamentos mais solicitados foram adalimumabe, etanercepte, insulina glargina, omeprazol, aripiprazol, sinvastatina e clopidogrel (20,8%); cerca de 5% dos medicamentos pleiteados não apresentavam registro na ANVISA à época; 19,6% estavam presentes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, 24,3% no Programa de Medicamentos de Alto Custo e 54,9% apresentavam evidência consistente de eficácia; entre os medicamentos sem financiamento público, 79,0% possuíam alternativas terapêuticas no SUS.

A partir de tais dados, os autores concluíram que a judicialização da saúde pode indicar falhas do sistema público quando, por exemplo, são solicitados medicamentos já incluídos nas listas do SUS, sendo também um legítimo meio dos indivíduos buscarem seus direitos. Entretanto, ela pode constituir um obstáculo para a prática do uso racional de medicamentos e causar prejuízos às políticas públicas de saúde em casos de requisições de medicamentos sem eficácia e não padronizados.

Campos Neto et al. (2012) realizaram estudo também em Minas Gerais contemplando 2.412 ações judiciais referentes a 2.880 medicamentos solicitados, com 18 fármacos diferentes, dentre os quais 12 eram disponibilizados pela política de assistência farmacêutica do SUS, entre os anos de 1999 e 2009. Obtiveram como resultados: a maioria dos beneficiários era do sexo feminino, com discreto predomínio de beneficiários com mais de 40 anos; os medicamentos mais solicitados foram adalimumabe, etanercepte, infliximabe e insulina glargina; as principais doenças dos beneficiários foram artrite reumatóide, espondilite

anquilosante, diabetes mellitus e doenças pulmonares obstrutivas crônicas; houve predomínio de representação por advogados particulares e atendimento por médicos do setor privado.

Segundo os autores, os resultados obtidos sugerem que pode haver um tipo de parceria entre médicos prescritores, advogados e a indústria farmacêutica, pois as demandas possuem considerável concentração em poucos profissionais. Das 117 ações que determinado escritório de advocacia acompanhou, apenas um médico foi responsável por 44% das prescrições, em comparação a 34 médicos relacionados ao restante dos casos. Tal constatação corrobora a pesquisa de Chieffi e Barata (2010), ao identificar a associação de um pequeno número de advogados e médicos à maioria das 2.927 ações ajuizadas, especificamente que mais de 70% delas foram acompanhadas por único profissional.

Em recente trabalho, Medeiros et al. (2013) avaliaram a hipótese que denominam de judicialização da saúde pelas elites, a partir da análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamento para o tratamento das mucopolissacaridoses (MPS).⁴ Foram analisados 196 processos julgados entre fevereiro de 2006 e dezembro de 2010 no âmbito do Ministério da Saúde. O estudo apontou evidências de que os custos advocatícios com as ações poderiam ser financiados por entidades interessadas na judicialização, como empresas distribuidoras ou a indústria farmacêutica, além de mensurar os gastos com os medicamentos destinados à MPS em cerca de 219 milhões de reais no período citado.

Apesar da relevância dessas constatações, o estudo chama é importante por contestar importantes variáveis utilizados nas pesquisas que acima foram mencionadas, que tenderiam a identificar a possível violação da equidade com a assistência por advogado particular, os indicadores de exclusão ou vulnerabilidade decorrentes do local de residência e a origem da prescrição médica.

Com relação ao uso de advogados privados, os autores observam que esta não é uma variável segura para avaliar possíveis desigualdades, uma vez que alguns profissionais podem ser contratados por custos baixos, em decorrência de convênios realizados com o Estado, bem como por não ser possível identificar se eles efetivamente cobraram pelos serviços prestados e, se sim, quem realmente os pagou (entidades interessadas na judicialização ou familiares, por exemplo). Do mesmo modo, cogitar que o uso de serviços públicos ou privados seria um

⁴ Segundo Medeiros et al. (2013, p. 1.090), as mucopolissacaridoses (MPS) “são doenças degenerativas raras causadas pela atividade deficiente de uma das enzimas envolvidas no catabolismo dos glicosaminoglicanos (antigamente denominados mucopolissacarídeos). São doenças crônicas, manifestam-se clinicamente na infância e reduzem significativamente a expectativa de vida. A maioria dos pacientes são crianças ou adolescentes. A população vivendo com MPS no Brasil é pequena. Há onze tipos de MPS, mas medicamentos para apenas três delas, a MPS I (laronidase), a MPS II (idursulfase) e a MPS VI (galsulfase).” Os medicamentos para o tratamento da doença são considerados alguns dos mais caros dentre os demandados no Brasil.

bom indicador de classe não lhes pareceu adequado. Os autores consideram a hipótese equivocada, pois, geralmente, o acesso a medicamentos de alto custo ou à medicina altamente especializada é feito em serviços públicos de saúde dedicados à pesquisa e à inovação tecnológica, a exemplo dos hospitais universitários. Logo, mesmo os mais ricos teriam razões para preferir os serviços públicos.

Por fim, o local de residência dos demandantes não pareceu ser uma boa variável, pois por trás das demandas como as estudadas pelos autores existe uma migração dos indivíduos principalmente para os grandes centros, o que encontra justificativas não apenas econômicas ou de classe. Dessa maneira, os autores contestam a tese de que a judicialização é uma questão de classe e que beneficiaria as elites. Melhor dizendo, a contestação se dirige aos métodos utilizados em outras pesquisas – como as mencionadas anteriormente – que avaliam os impactos da judicialização para a equidade e outros princípios do SUS, o que agravaria as desigualdades em saúde.

Um grupo de pesquisadores, capitaneado por Vera Lúcia Edais Pepe e Miriam Ventura, elaborou o “Manual de indicadores de avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos” (PEPE, 2011), cuja finalidade é fornecer subsídios aos três níveis de governo e ao Judiciário para o aprimoramento da gestão pública do direito à saúde, contribuindo para a interação entre os sistemas de saúde e de justiça.

Após a coleta dos dados empíricos e da produção bibliográfica sobre o tema, foram identificadas quatro dimensões de variáveis: (i) características sócio-demográficas dos autores das ações; (ii) características político-administrativas; (iii) características processuais das ações judiciais; e (iv) características médico-sanitárias das ações. Em seguida, foram selecionados, 30 indicadores devidamente caracterizados e delimitados, tendo como atributos de qualidade a completude, a consistência interna e a adequação à realidade brasileira. A pretensão do “manual” é servir de guia padronizado para pesquisas posteriores, permitindo a comparação entre locais e diferentes épocas no mesmo local e a caracterização da situação no país. O Quadro 1 descreve as quatro dimensões juntamente com seus respectivos indicadores:

Quadro 1 - Dimensões e Indicadores de Avaliação e Monitoramento das Demandas Judiciais de Medicamentos.

Dimensão 1 – Características sócio-demográficas do autor da ação judicial – características da população em relação aos aspectos sociais e demográficos

Indicador 1 – Renda familiar mensal per capita

Indicador 2 – Proporção da população por faixa etária

Indicador 3 – Proporção da população por ocupação

Indicador 4 – Proporção da população por município de domicílio do autor da ação

Dimensão 2 – Características processuais das ações judiciais – aspectos que se encontram em conformidade com as leis nacionais e locais

-
- Indicador 1 – Proporção das ações judiciais por representação do autor da ação
 - Indicador 2 – Tempo mediano de decisão liminar ou antecipação de tutela na primeira instância
 - Indicador 3 – Tempo mediano da intimação da instância da saúde
 - Indicador 4 – Tempo mediano de entrega do medicamento
 - Indicador 5 – Proporção de concessão da liminar ou antecipação de tutela
 - Indicador 6 – Proporção de ações judiciais com exigência judicial para a concessão da liminar ou antecipação de tutela
 - Indicador 7 – Proporção de sentenças favoráveis ao autor
 - Indicador 8 – Proporção de acórdãos favoráveis ao autor
 - Indicador 9 – Razão de demandas extrajudiciais
 - Indicador 10 – Razão das ações judiciais coletivas
 - Indicador 11 – Proporção de ações judiciais impetradas por tipo de réu da ação
-

Dimensão 3 – Características médico-sanitárias das ações judiciais – aspectos relativos ao corpo de conhecimentos das Ciências da Saúde. Neste caso, aplicados também aos Estudos de Utilização de Medicamentos

- Indicador 1 – Proporção de medicamentos por subgrupos terapêutico/farmacológico/substância química
 - Indicador 2 – Proporção de medicamentos prescritos pelo nome genérico
 - Indicador 3 – Proporção de prescrições que utilizam exclusivamente o nome genérico
 - Indicador 4 – Proporção de medicamentos requeridos que figuram nas listas de medicamentos essenciais vigentes
 - Indicador 5 – Proporção de ações judiciais contendo documentos adicionais, que não a prescrição de medicamentos
 - Indicador 6 – Proporção de medicamentos com força de recomendação Classes I e II a na indicação terapêutica
 - Indicador 7 – Proporção de diagnósticos principais, por categoria diagnóstica
 - Indicador 8 – Proporção de pacientes com cadastro na instância de saúde, anterior a demanda judicial
 - Indicador 9 – Razão de gasto de medicamentos demandados
 - Indicador 10 – Proporção de medicamentos demandados com alternativa terapêutica no Sistema Único de Saúde
-

Dimensão 4 – Características político-administrativas das ações judiciais – aspectos relacionados às competências executivas, administrativas e econômicas da Administração Pública. Neste caso refere-se à gestão da Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde

- Indicador 1 – Proporção de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária
 - Indicador 2 – Proporção de medicamentos, por componente do bloco de financiamento da Assistência Farmacêutica
 - Indicador 3 – Proporção de ações judiciais que possui ao menos um medicamento prescrito para indicação de uso off label
 - Indicador 4 – Proporção de ações judiciais que demandam ao menos um medicamento que esteja fora dos componentes do bloco de financiamento da assistência farmacêutica
 - Indicador 5 – Proporção de ações judiciais que demandam ao menos um medicamento do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica
-

Fonte: Elaborado a partir de Pepe (2011).

Cada indicador apresentado é qualificado com a definição de sua conceituação, método de cálculo, caracterização dos usos, limitações, interpretação, fontes e categorias de análise sugeridas. Esses indicadores poderiam ser úteis a uma análise satisfatória da judicialização à luz da equidade, destacando-se principalmente os que integram as dimensões um e quatro e, em maior medida, também a três. Isso porque a análise das informações eventualmente obtidas podem refletir as assimetrias decorrentes das ações judiciais.

Torna-se arriscado identificar a ofensa à equidade com base no perfil dos demandantes, pois isso segmentaria as pessoas que acessam a justiça, que é uma garantia universal de qualquer cidadão, independentemente de sua posição social. Além disso, conforme algumas vezes mencionado neste trabalho, as pessoas, ainda que mais abastados,

poderiam recorrer ao Judiciário para a obtenção de medicamentos que efetivamente integram a política pública, o que evidenciaria mais a violação do direito individual do que uma ofensa à equidade. Nesse caso, a análise restaria prejudicada. O mesmo não se pode dizer quando são demandados medicamentos que não integram a política de assistência farmacêutica.

Nesse segundo contexto, também já mencionado ao longo do trabalho, as questões se dificultam. A não inclusão do medicamento nas listas do SUS pode se dar por diversos fatores, alheios ou não ao gestor público, ou seja, por fatores externos à sua vontade ou por sua própria decisão em não incluir determinado medicamento. Ocorre que a base informacional do juiz no momento da decisão, sobretudo as proferidas em caráter de urgência (liminares), pode ser precária. Por essa razão se torna uma decisão difícil e, por vezes, privilegia-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, talvez seja mais clara a potencial ofensa à equidade no caso de medicamentos fora da lista. Em muitos casos, as informações que o paciente obtém sobre a existência de determinado medicamento – lembre-se do exemplo citado no início da introdução (o *Soliris*) – são privilegiadas, resultado de uma rede informacional que corrobora as relações entre médicos, advogados e a indústria farmacêutica. Em casos assim, não obstante ocorrer a melhoria da qualidade de vida do paciente, a análise tenderia para a violação da equidade, tanto pelo acesso privilegiado à informação não disponível a todos quanto pelos gastos decorrentes da aquisição do medicamento, que poderiam prejudicar outras pessoas beneficiárias da política pública. Ou seja, as oportunidades não seriam as mesmas para todos.

Essa segunda questão é de difícil comprovação, mas não pode ser ignorada, principalmente diante dos diversos estudos que buscam mensurar os gastos estatais com o cumprimento das decisões judiciais. Assim, mesmo sendo uma violação potencial à equidade – pois não se sabe nem mesmo quantas pessoas provavelmente foram ou serão prejudicadas – a questão dos gastos (reserva financeira e orçamentária) e da desorganização administrativa merecem ser levadas em conta. Em termos concretos, é comum gestores de unidades médicas afirmarem que uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado cidadão acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que se encontrava devidamente cadastrado no órgão (GOUVÊA, 2003).

Diante dessas considerações, pode-se afirmar que a judicialização pode violar a equidade em saúde. Primeiramente, é necessário que se utilize metodologias capazes de identificar as hipóteses e os fatos que lhe dão causa, como os indicadores de Pepe (2011). Por outro lado, a análise dos dados colhidos deve atender que nem sempre variáveis como a

localização geográfica, o atendimento por médicos particulares ou a assistência por advogados privados são capazes de confirmar com segurança a violação da equidade.

4.6 EM BUSCA DO EQUILÍBRIO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO

Sob o aspecto da denominada titularidade do cidadão em exigir e obter a prestação de que necessita, o direito à saúde possui duas dimensões, a individual e a coletiva (ou social). Não é razoável negar a existência de qualquer delas, mas é a sua coexistência que desafia o equilíbrio entre o direito de todos e o direito de cada um em obter a assistência à saúde (AMARAL, 2011). De alguma maneira, as justificativas da dignidade e da equidade possuem relação com tais dimensões.

Enquanto direito individual, a saúde valoriza a liberdade, autorizando as pessoas a fazer as escolhas que julgarem corretas e melhores para si, por exemplo, em que tipo de cidade pretendem viver, suas condições de trabalho, a assistência médico-sanitária mais apropriada, o tipo de tratamento etc. A dimensão coletiva, por sua vez, enfatiza a igualdade ao estabelecer algumas limitações ao comportamento humano a fim de possibilitar que todos aproveitem igualmente das vantagens da vida em sociedade (DALLARI, 2010).

A dimensão da igualdade que se aproxima da equidade privilegia medidas de caráter geral, compulsórias ou não, relacionadas aos diversos determinantes da saúde da população. A exigência de igualdade deve assegurar a oferta do mesmo nível de cuidados de saúde a todos. Ambas as dimensões são comuns em sistemas de saúde universais e a predominância de uma abordagem sobre a outra poderá variar no tempo e no espaço. Por essa razão Dallari se refere ao “equilíbrio instável” entre liberdade e igualdade na saúde (DALLARI, 2010, p. 60). O conflito entre esses importantes princípios necessita de harmonização e de concordância prática (HESSE, 2001).

A identificação da liberdade - que se vincula ao direito individual a cuidados de saúde - com a abordagem da dignidade e, do mesmo modo, a igualdade ou isonomia assemelhadas à equidade, pode ser uma forma de análise a contribuir na busca de respostas para o problema desta pesquisa. Identificar a dignidade somente com as prestações individuais na saúde não é uma forma de análise totalmente adequada, pois a dignidade pode ser vista como um princípio universal, que pretende proteger todas as pessoas, não somente alguns. Assim, mesmo em ações coletivas e universais a dignidade estaria presente, pois, em última

análise, pessoas seriam beneficiadas por elas. No entanto, conforme afirmado, esse modelo contribui para o clareamento do problema.

Não admitir que indivíduos, isoladamente, busquem seus direitos perante o Estado - principalmente pela via judiciária - sob o argumento contrário de que outros indivíduos contemplados pelas políticas universais seriam prejudicados, não parece totalmente adequado, assim como não o é admitir que aqueles indivíduos pleiteiem todo e qualquer tipo de prestação. Logo, é necessário buscar o melhor equilíbrio entre a dimensão individual e a coletiva/social do direito à saúde.

Os argumentos contrários à judicialização, quando baseada em ações individuais ou de grupos restritos, são muitas: a desorganização da Administração Pública; a falta de acesso igualitário às ações e serviços de saúde, pois pessoas com mais informação ou recursos suficientes poderiam aproveitar-se da via judicial para a obtenção de direitos não universais ou que não teriam o mesmo acesso na via administrativa; os impactos orçamentários e financeiros para o Estado, incapacidade técnica do Judiciário dentre outros.

Tomando como exemplo o argumento de que o fornecimento de medicamentos a determinados indivíduos pode acarretar efeitos danosos em termos de equidade e justiça distributiva, Sarlet (2011, p. 137) observa que “o respeito ao princípio da isonomia não pode servir de argumento para eventual violação da dignidade concreta de cada indivíduo”, o que reafirma a tensão entre os dois princípios, tal como delimitado nesta pesquisa. Segundo esse autor, a solução para o problema deve passar pelo enfrentamento do objeto do direito à saúde – quais ações e serviços ele comporta – e do princípio da subsidiariedade, que propõe que o sistema público de saúde deve priorizar o atendimento dos que não possuem condições de arcar com os custos dos cuidados, seja por pagamento direto ou por planos de saúde.

Mesmo ao considerar que o sistema público deve priorizar o atendimento de pessoas em pior situação, o autor reconhece que muitos casos ainda dependeriam da intervenção judicial, uma vez que muitos custos elevados de cuidados de saúde não poderiam ser suportados nem mesmo por pessoas em melhores condições financeiras. O Judiciário deveria atuar, nesse contexto, para assegurar a dignidade também dessas pessoas, afirma Sarlet.

O caso ilustrativo que inicia esta pesquisa (*Soliris*) é um bom exemplo para contrapor tal afirmação. Na decisão que julgou o recurso do Estado de São Paulo afirmou-se que o “Estado tem a obrigação de assegurar o fornecimento de medicamento ou congênere para as pessoas que não reúnem condições financeiras para o tratamento indispensável à preservação das condições de saúde.” (SÃO PAULO, 2012) Possuindo também como foco o custo do tratamento, tem-se o caso relativo ao medicamento *Elaprase* (princípio ativo Idursulfase), que

custaria à União, ao Estado de Minas Gerais e ao Município de Belo Horizonte a quantia anual de R\$2.600.000,00, e seria destinado ao uso de um menor portador da Síndrome de Hunter (Mucopolissacaridose de Tipo II). O STF não acatou o pedido do Estado e o determinou, por meio dos três níveis de gestão (federal, estadual e municipal), que fornecesse o medicamento (BRASIL, 2008b).

Diante desses casos meramente ilustrativos, cabe a pergunta que busca contestar o argumento exposto por Sarlet: quais pessoas teriam condições financeiras para suportar custos com tratamentos que se aproximam de um milhão de reais? Certamente, o argumento segundo o qual o Estado deve suportar a obrigação em relação às pessoas que não possuem condições de arcar com seu tratamento é temerário, pois quanto mais caros os tratamentos, menores seriam as possibilidades financeiras das pessoas e, como consequência, maior seria a obrigação estatal. Onde se encontra o equilíbrio?

Ao tratar da escassez em saúde, Amaral (2011) destaca que diante dos gastos administrativos e com ações judiciais com cuidados e tratamentos médicos, a questão do orçamento público não pode ser ignorada, ainda que soe repulsivo a alguns comparar questões financeiras com questões de vida e saúde. Portanto, na saúde há a competição por recursos escassos, o que equivale a dizer que atender alguém é consumir recursos finitos que, por tal razão, podem implicar em escolher também quem não atender.

Na busca pelo equilíbrio é necessário afastar argumentos que tratam casos de fornecimento de medicamentos - como os medicamentos *Soliris* e *Elaprase* - isolados ou excepcionais. Em matéria de justiça predomina a premissa de que as decisões, para serem adequadas, devem ter o potencial de universalização, tendo em vista que a regra adotada para decidir casos específicos deve proporcionar que todos os demais com as mesmas características tenham desfecho semelhante (atributo de coerência).

Amaral (2011) chama a atenção para a questão do juiz, que, por vezes, desconsidera questões de grande complexidade no momento de decidir questões do dia a dia. É como se a natureza dos casos a decidir fosse similar à natureza dos pacientes a atender para o plantonista de emergência. Assim, as decisões sobre prestações individuais levam à invisibilidade de questões, também individuais, dos que possam ser privados dos recursos necessários ao atendimento de suas necessidades. E destaca: “Ao passo que o autor tem nome, sobrenome, CPF e rosto, os ‘não atendidos’ são desconhecidos nos autos, estão escondidos atrás de ‘tapumes’ pouco atraentes como ‘Estado’, ‘orçamento’, ‘finanças públicas’” (AMARAL, 2011, p. 106).

A partir disso, considera-se que o Judiciário não é a arena mais preparada para tomar decisões e nem mesmo a soma de casos individuais é o melhor método para alocação de recursos na saúde. Em abordagem semelhante, Daniels (2013) observa que a defesa de um direito individual à saúde pode colocar em risco a implementação de outras metas sociais. Diante disso, não é possível inferir que (a) do fato moral de um indivíduo possuir direitos a cuidados de saúde, (b) e do fato de que sua única chance de sobrevivência seja, por exemplo, um transplante experimental de pâncreas, (c) que ele tenha direito a esse transplante. Seu direito, nesse caso, depende tanto de sua condição quanto do conjunto de intervenções que é razoável fornecer à sociedade de que esse indivíduo faz parte. O fornecimento do transplante variará, portanto, em razão de sua eficácia, dos recursos existentes e também em face de outras prestações devidas a outras pessoas etc. Assim, tal demanda deve ser sopesada com demandas de outros setores que partilhem das receitas do Estado.

Segundo esse autor, os tribunais desempenham papéis importantes nos países que adotam o direito à saúde em suas constituições ou em tratados internacionais. Dois papéis que ele destaca compreendem: o de determinar às autoridades de saúde o uso de um critério para definir os benefícios que integrarão os pacotes (rol de ações e serviços) e o de exercer o controle sobre a observância desse critério. Outro papel mais controverso seria de os tribunais tentarem definir o que deve ser incluído no direito à saúde. Aqui encontra-se a discussão mais polêmica acerca da judicialização.

Desempenhar esse papel exigiria dos tribunais, segundo Daniels, um conhecimento amplo sobre a capacidade do sistema de saúde em fornecer de forma sustentável serviços específicos à luz das reivindicações concorrentes. Se o Judiciário não possuir capacidade para desenvolver esse papel, deveria se limitar a exercer somente o primeiro, relacionado ao controle das autoridades a quem são delegadas o poder de escolha sobre os benefícios a partir de um procedimento claro e justo.

Um exemplo vindo Brasil pode elucidar a questão. Vale citar o caso dos tratamentos de retinose pigmentar (uma anomalia degenerativa da retina) realizados em Cuba, cujos procedimentos eram pagos pelo SUS. Os tratamentos foram concedidos pelo Judiciário até aproximadamente o ano de 2004, época em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou seu posicionamento, passando a entender, com base em Parecer Técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, que o tratamento em Cuba não teria sua eficácia comprovada.

A decisão que negou ao cidadão brasileiro o direito ao tratamento e ao custeio de despesas de viagem até Cuba não foi unânime, contando com dois votos vencidos. Em um

deles (Ministro José Delgado), o argumento utilizado para a concessão do pedido estava baseado na dignidade da pessoa humana, de acordo com o trecho transcrito em seguida:

(...) o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, diz que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre tantos, é zelar pela dignidade humana e pela cidadania. Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução. Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão. Concedo a segurança. (BRASIL, 2004)

Diante disso, Daniels (2013) afirma que as instâncias judiciais estariam mais bem preparadas para o controle dos procedimentos, da justificção das escolhas administrativas e da sua execução, cabendo-lhe coibir as violações aos direitos vinculados a tais escolhas. Já o papel dos tribunais de definir o conteúdo do direito à saúde somente poderia acontecer quando possuíssem um conhecimento amplo sobre a capacidade do sistema de saúde fornecer de forma sustentável prestações específicas (individuais) à luz das reivindicações concorrentes.

O conhecimento pelos juízes das questões relativas à gestão em saúde somente pode ser viabilizado pela existência de canais de comunicação que propicie seu diálogo com as instituições administrativas. As pesquisas têm caminhado para a compreensão de tais meios, partindo da hipótese de que nenhum poder específico possui a última palavra em uma democracia (MENDES, 2008; BOLONHA et al., 2011). Nesse mesmo caminho reforça-se a ideia de participação e deliberação política (BALESTERO, 2012).

O Poder Judiciário brasileiro tem buscado a abertura de canais de diálogo para a solução de questões relacionadas à saúde, valendo citar a audiência pública realizada em 2009 pelo STF (BRASIL, 2009). Machado e Dain (2012) analisaram os argumentos presentes na audiência pública, afirmando as suas contribuições para as questões da judicialização da saúde e a gestão pública. Concluíram que a audiência evidenciou os próprios conflitos da sociedade brasileira ao contrapor diversas concepções de saúde, salientando, por fim, os ganhos obtidos em termos de participação social na solução de problema de interesse público.

Do mesmo modo, o CNJ editou recomendações no sentido de subsidiar a tomada de decisão no âmbito da judicialização da saúde, incentivando que os tribunais celebrem convênios para a obtenção de apoio técnico de médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de seu convencimento e esclarecê-los sobre questões clínicas relacionadas aos processos. Além disso, recomendou que os juízes ouçam, quando possível, os gestores públicos antes de decidir questões urgentes (liminares, por exemplo) (CNJ, 2010).

Feitas essas observações, este capítulo buscou, em resumo, identificar como a abordagem baseada na equidade pode contribuir para a delimitação das prestações em saúde, possibilitando adicionar alguns atributos importantes a serem considerados no âmbito de uma política pública de saúde. Desse modo, a discussão acerca da equidade é parte das discussões sobre justiça, que têm por foco identificar a melhor forma de distribuir os bens em uma dada sociedade. Sendo a saúde um dos bens de maior relevância social, é imprescindível que a investigação acerca de seu conteúdo e abrangência se dê nesse arcabouço teórico.

A questão principal a ser respondida sob essa análise é de como reduzir as desigualdades em saúde que possam impedir as pessoas de exercer plenamente suas capacidades, comprometendo, portanto, suas oportunidades. A resposta é complexa e extrapola os limites deste estudo. No entanto, as principais discussões que circundam a sua formulação foram tratadas.

Em suma, a saúde das pessoas é determinada por diversos fatores, ligados ao ambiente em que nascem, crescem, trabalham e morrem. Por isso, a garantia de uma condição de saúde razoável vai além do mero fornecimento de serviços de saúde, exigindo da política pública de saúde o diálogo com áreas conexas (intersectorialidade).

Além disso, as desigualdades em saúde são também verificadas no acesso aos serviços. Partindo da premissa de que seria injusto um sistema de saúde que possibilitasse acesso aos cuidados somente a determinadas pessoas (trabalhadores formais ou que pudessem pagar por atendimento), a universalidade tornou-se um importante componente para a ampliação da cobertura dos serviços a todos, especialmente aos menos favorecidos.

No entanto, se por um lado o acesso público e universal contribui para a redução das desigualdades, por outro, ele as destaca, pois em muitos países o público contrasta com um setor privado de saúde, no qual os serviços tendem a ser de melhor qualidade e mais eficientes, o que foi trabalhado sob a perspectiva das duas camadas expostas por Daniels (2013). Nesses sistemas é relevante a regulação por meio de normas e procedimentos que minimizem as disparidades que possam causar desigualdades em virtude dos diferentes padrões de cuidados.

A equidade permite, ainda, incorporar importantes princípios do sistema de saúde à discussão, abrangendo parte considerável das questões mais relevantes sobre a temática atualmente. Foram feitas também considerações sobre a equidade em confronto a diversas pesquisas empíricas que tiveram escopo semelhante ao desenvolvido neste trabalho, objetivando identificar as variáveis que podem ser consideradas para análise de problemas de equidade. Pretendeu-se demonstrar, de início, as variáveis que podem ser utilizadas na análise

de problemas de equidade decorrentes da judicialização e em seguida detalhou-se a discussão sobre o direito individual e o coletivo (ou social) aos cuidados de saúde para buscar um equilíbrio entre essas duas dimensões, propondo algumas estratégias para a diminuição de possíveis problemas oriundos da judicialização.

5 CONCLUSÃO: O DIREITO À SAÚDE ENTRE A DIGNIDADE E A EQUIDADE

Esta pesquisa tratou principalmente de três temas: a judicialização da saúde, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da equidade. Sem pretender esgotá-los, buscou-se contribuir para a compreensão do direito à saúde e da interface entre instâncias políticas e judiciais por meio de sua judicialização. A hipótese era de que a dignidade da pessoa humana não é a justificativa mais adequada para se definirem as prestações que compõem o direito à saúde, o que coloca em xeque a atuação judicial nesse setor, que utiliza predominantemente esse princípio nas decisões.

Para tratar dessas questões, optou-se por introduzir a temática do direito à saúde a partir da compreensão das características do sistema de saúde brasileiro, pautado pelos princípios da universalidade do acesso em todos os níveis de assistência, da igualdade, da integralidade, da participação da comunidade e da descentralização político-administrativa. Em seguida, discorreu-se sobre a política pública de fornecimento de medicamentos, enfocando o ciclo de assistência farmacêutica e caracterizando todas as suas fases.

Mesmo diante da política pública existente, diversas necessidades de saúde continuam sem cobertura ou previsão de atendimento, o que tem levado muitas pessoas a demandar medicamentos e outros procedimentos por via judicial, configurando a judicialização da saúde. Dentre as demandas por medicamentos dirigidas ao sistema público de saúde por meio de instituições judiciárias, adotou-se a diferenciação entre aquelas contempladas pela política de assistência farmacêutica e as que pretendem obter medicamentos que não constam das relações do SUS, tais como o medicamento *Soliris* apresentado na introdução. Esta pesquisa concentrou-se neste segundo tipo de demanda, os medicamentos fora das listas do SUS, uma vez que as demandas por medicamentos já disponíveis nas listas são menos controversas, pois são causadas, em regra, pelo simples descumprimento da política pública pelos entes administrativos.

O problema que se coloca a partir das demandas por medicamentos não incluídos na política de assistência farmacêutica requer que se identifique os limites do dever do Estado na garantia do fornecimento de cuidados de saúde às pessoas. Para oferecer resposta a esse problema, foram analisadas duas das justificativas mais utilizadas que fundamentam o direito à saúde: a justificativa baseada na proteção à dignidade da pessoa humana e aquela baseada na promoção da equidade, tratadas no segundo e terceiro capítulos, respectivamente.

A dignidade da pessoa humana é um conceito que se originou na Roma antiga, mas que ganhou mais força, posteriormente, com o advento do Iluminismo e no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Antigamente, o conceito de dignidade designava posições sociais e políticas, porém, hoje ele é empregado no discurso transnacional para coibir violações aos direitos humanos, como as verificadas na Alemanha nazista. Em muitas constituições democráticas atuais, a dignidade tornou-se um princípio fundamental para a justificativa da garantia de diversos direitos fundamentais.

Em síntese, a dignidade seria a propriedade que as pessoas possuiriam simplesmente pelo fato de pertencerem à espécie humana. Tal propriedade justificaria a exigência de que os interesses fundamentais das pessoas fossem protegidos. Esse é o raciocínio que está por detrás da garantia dos direitos à vida, à saúde, à educação, à moradia, à liberdade, dentre outros. Essa constatação, no entanto, não contribui para a solução do problema da definição, abrangência e conteúdo da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, do direito à saúde, razão pela qual identificaram-se três componentes ou elementos que auxiliariam na sua compreensão: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário.

Mesmo a partir do estudo desses elementos, conforme exposto no segundo capítulo, a dignidade não está imune a críticas, pois continua sendo um conceito vago e impreciso. Ainda que seja levada em consideração a noção de mínimo existencial também utilizada para identificar a dignidade, não se alcançam respostas seguras para defini-la, pois há controvérsias sobre os limites desse mínimo, por exemplo, se ele contemplaria somente os medicamentos essenciais às necessidades básicas da sociedade, ou se justificaria toda e qualquer medida que possibilitasse ao indivíduo as condições para uma vida digna. Por esse argumento, também os medicamentos fora das listas atenderiam ao mínimo existencial e ressurgiria o problema de definir o direito à saúde e suas prestações.

Assim, embora seja um princípio importante, a conclusão é que a noção de dignidade não fornece soluções claras para a tomada de decisão, pois pode ser interpretada como um valor absoluto, sendo excessivamente exigente e imprecisa.

Diante disso, a abordagem da equidade, explorada no terceiro capítulo, parece fornecer respostas mais precisas sobre os limites do direito à saúde. Entendida como um bem individual e social de grande importância, a saúde consiste no funcionamento normal do organismo e na possibilidade que as pessoas busquem livremente seus projetos de vida. Nesse aspecto, garantir saúde às pessoas implica em garantir oportunidades. Para que isso aconteça, é preciso eliminar as desigualdades consideradas injustas e evitáveis no acesso aos serviços de saúde, bem como distribuir equitativamente os determinantes sociais da saúde.

Isso permite compreender que a efetividade desse direito não se conquista somente com o acesso aos cuidados de saúde, pois diversos fatores socialmente controláveis influenciam a saúde de uma população, como o ambiente de trabalho, as condições habitacionais e de saneamento, o estilo de vida, enfim, todo o contexto social, econômico, cultural e ambiental. Esse aspecto parece ser ignorado ou deixado em segundo plano pela abordagem da dignidade, pois ela não busca compreender em um contexto mais amplo os problemas de saúde, focando somente na reabilitação ou na previsão de serviços e ações que garantam o bem estar individual em situações específicas.

Além disso, a equidade também busca orientar a distribuição de recursos financeiros no sistema de saúde. Ela serve de baliza para fixar a distribuição dos bens em um contexto de recursos escassos, mas direcionado pela integralidade e universalidade da assistência. A caracterização do direito à saúde a partir da noção de equidade permite uma visão do sistema de saúde como um todo, ao invés de focar apenas em prestações específicas. Isso possibilita o acesso igualitário sem desconsiderar as inexoráveis restrições orçamentárias e administrativas.

Portanto, o conteúdo do direito à saúde é mais claro sob a luz da equidade do que na abordagem da dignidade da pessoa humana. Conforme mencionado, delimitar a dignidade é uma questão problemática, pois até mesmo medicamentos experimentais de eficácia e custo-efetividade pouco comprovados podem ser admitidos como forma de garanti-la. Dificilmente haverá outro valor mais importante que prevaleça sobre a dignidade, sobretudo quando está em jogo a saúde e a vida, pois a recusa a prestar algum tipo de assistência pode levar o indivíduo à morte.

Contudo, não é óbvio que a equidade deva se sobrepor à defesa da dignidade. A principal crítica é tão contundente que merece ser apresentada da maneira em que as pessoas comuns a formulam: “se os tribunais não derem o *Soliris*, o remédio que custa 800 mil reais por ano, a alternativa então é deixar a pessoa morrer, só porque ela teve o azar de ter uma doença que precisa de um remédio que não está na lista?”. A resposta é “sim, porque se não for possível fornecer o medicamento para todos que precisam dele é injusto fornecê-lo apenas para quem acionou o Judiciário”.

Diante dessa resposta, alguém poderia dizer “se sua mãe precisar de um remédio caro, você não vai fazer de tudo para consegui-lo, inclusive entrar com uma ação judicial?”. A resposta também é “sim”, mas isso é irrelevante, justamente porque o ponto principal do argumento em favor da equidade é que é necessário considerar a questão do ponto de vista da sociedade, não apenas de uma perspectiva individual. As pessoas estão dispostas a fazer grandes sacrifícios pelas pessoas amadas, até mesmo matar outras pessoas. Porém, a

elaboração do orçamento público e as decisões sobre quais despesas ele deve cobrir devem ser feitas levando-se em consideração o interesse de todos os indivíduos envolvidos. Por isso, não há contradição entre tentar salvar sua mãe por meio de demanda judicial por medicamento e ao mesmo tempo defender que a decisão sobre essas demandas devem estar baseadas na equidade.

Há evidências empíricas de que quando as pessoas estão diante de um caso individual, elas são mais compassivas e generosas do que quando analisam casos que envolvem muitas pessoas. Se nesses casos fosse adotada uma racionalidade pura e simples, deveria ser possível afirmar que, tudo o mais permanecendo igual, o sofrimento de duas pessoas é pior do que o sofrimento de uma pessoa. Mas não é isso o que os pesquisadores encontraram.

Um estudo dividiu os participantes em dois grupos (SMALL, LOEWENSTEIN e SLOVIC, 2007). Ambos receberam US\$5,00 e depois deviam responder à pergunta “quanto desse dinheiro você doa para a ONG *Save the Children?*”. A diferença entre os dois grupos era apenas que o primeiro recebeu um panfleto da ONG em que se informava sobre a fome e a morte de milhões de crianças na Zâmbia e na Etiópia, enquanto que o segundo grupo recebeu um panfleto sobre Rokia, uma menina africana que está correndo o risco de morrer de fome. Seria de se esperar que as pessoas doassem mais no primeiro caso, mas não foi isso o que aconteceu. No caso dos milhões de pessoas, os participantes do experimento doaram em média US\$1.16 dos US\$5,00, ao passo que, no caso de Rokia, eles doaram em média US\$2.83. As pessoas ajudaram mais no caso em que o sofrimento era menor.

Esse tipo de viés é conhecido como o efeito da vítima identificável (*identifiable victim effect*) e é um risco a que se está sujeito quando se analisa o caso de um paciente específico que precisa de determinado medicamento que está fora das listas do SUS. Diante de um caso assim, tem-se a informação de que há grandes chances de que o paciente pode morrer caso não receba o medicamento, mesmo que não haja evidências sólidas da eficácia e custo-efetividade dele. “Para salvar uma vida, vale tudo”, é comum que se diga. Contudo, faltam informações essenciais para que a decisão seja tomada. Normalmente, não se leva em consideração todas as crianças que adoecerão porque, por causa do medicamento dado ao paciente que entrou com a ação, faltou dinheiro para a campanha de vacinação; nem há menção da campanha de prevenção do câncer de mama; nem dos pacientes que estão no corredor, à espera de leitos, porque a reforma do hospital foi adiada etc.

Voltando ao argumento. O *Soliris* deve ser recusado ao paciente, mesmo que isso resulte na morte dele, porque concedê-lo levaria à morte de várias outras pessoas. A dificuldade da questão está em que o paciente que demanda o medicamento está identificado,

sabe-se sua história e a cadeia causal até a sua morte é mais simples, enquanto que a ligação entre a decisão do juiz e as mortes das outras é mais distante e complexa. Por ser mais saliente, o caso individual desperta mais compaixão. Para raciocinar socialmente nesse caso é preciso ir contra emoções que muito são valorizadas em nossa vida pessoal.

Uma objeção possível à recusa de conceder o medicamento é “a morte do paciente da ação é mais certa do que a morte dos outros pacientes, por isso, não se deve trocar o certo pelo duvidoso”. Esse tipo de incerteza revela o quanto a questão é complexa e envolve análises técnicas altamente sofisticadas. Portanto, a forma mais adequada para fornecer esse tipo de decisão é a elaboração das listas do SUS, pois são feitas por especialistas que detêm a capacidade de realizar esse tipo de análise.

Entretanto, esse tipo de decisão envolve mais do que argumentos técnicos, pois inclui também contraposição de valores e ideais de sociedade. Por isso, a formulação das listas deve ser feita de maneira transparente e participativa. Enfim, a maneira mais adequada de lidar com a incerteza desse tipo de decisão é tomá-la de maneira explícita e informada, e não deixá-la sujeita à iniciativa dos pacientes e à discricionariedade dos juízes.

Este trabalho não pretendeu estabelecer parâmetros para as decisões sobre o cabimento ou não da intervenção judicial. O objetivo foi, sim, delimitar a justificativa pela qual o Estado dever fornecer cuidados de saúde, cuja discussão permite contribuir para a identificação dos limites do direito à saúde. Logo, a pretensão foi de demonstrar qual dentre as justificativas consideradas é a mais adequada para se estabelecer o conteúdo e o limite desse direito. A decisão sobre quando a intervenção judicial é cabível exige que se analise a qualidade das listas do SUS, a eficiência da dispensação e os limites orçamentários do Estado, questões que estão para além do escopo deste trabalho.

Diante desses argumentos, a conclusão a que se chega é de que a importância da dignidade da pessoa humana não pode ser totalmente ignorada, mas ela não deve ser usada como critério para a distribuição de bens no âmbito da política pública de saúde, pois desconsidera a eliminação de desigualdades injustas e evitáveis, os determinantes sociais da saúde e a escassez de recursos. Por isso, a equidade deve ser o critério primordial das decisões judiciais sobre assistência farmacêutica.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L.; COUTO, C. G. A redefinição do papel do Estado no âmbito local. **São Paulo em Perspectiva**, v. 10, n. 3, p. 40-47. jul./set. 1996.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO - AGU. **Intervenção judicial na saúde pública**. Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das justiças estaduais. Brasília, DF. Advocacia Geral da União, Consultoria Jurídica Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: < <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2013.

AMARAL, G. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In NOBRE, M. A. de B.; SILVA, R. A. D. (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81-115.

APPIO, E. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AVRITZER, L. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In: AVRITZER, L. et al. (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 215-220.

BALESTERO, G. S. **O resgate da democracia participativa e deliberativa como mecanismo legitimados do exercício dos poderes estatais**. São Paulo: Lexia, 2012.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 35-50, jan./mar. 2009.

_____. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: AZEVEDO, A. V.; LIGIERA, W. R. (Coords.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343-382.

BERMUDEZ, J. A. Z; OLIVEIRA, M. A.; LUIZA, V. L. In: GIOVANELLA, L. et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012, p. 657-686.

BIEHL, J. et al. Judicialisation of the right to health in Brazil. **The Lancet**, Nova York, v. 373, n. 9682, p. 2182-2184, jun. 2009.

BOLONHA, C. et al. A teoria de John Rawls e as instituições democráticas. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, a. 14, n. 14, 2011, p. 89-102, jan./dez.

BRAGA, N. T. Vertentes legais do direito social à saúde e as atuais intervenções do Conselho Nacional de Justiça nessa esfera da cidadania do brasileiro. In: NOBRE, M. A. de B.; SILVA, R. A. D. (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, p. 97-148, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. [Brasília, DF: Senado Federal, 1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2014, 1988.

_____. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 24 abr. 2014.

_____. Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. **Financiamento da saúde: Brasil e outros países com cobertura universal**. A Participação estatal no financiamento de sistemas de saúde e a situação do Sistema Único de Saúde – SUS. Nota Técnica n. 12/2013, CONOF/CD, Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPaísesV.Prel..pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

_____. Ministério da Saúde. **Relatório de pesquisa**. Relatório preliminar de pesquisa de satisfação com cidadãos usuários e não usuários do SUS quanto aos aspectos de acesso e qualidade percebida na atenção à saúde e/ou urgência e emergência, mediante inquérito amostral. Brasília, DF: Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, 2011a.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Assistência farmacêutica na atenção básica: instruções técnicas para sua organização**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de medicamentos 2001**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2001.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional DST/Aids. **O remédio via justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005.

_____. **Portaria n. 1.554, de 30 de julho de 2013**. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Ministério da Saúde. 2013a. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html>. Acesso em 24 maio 2014.

_____. **Portaria n. 2.203, de 05 de novembro de 1996**. Saúde Legis. 1996. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 24 maio 2014.

_____. **Portaria n. 2.577, de 27 de outubro de 2006**. Aprova o componente de medicamentos de dispensação excepcional. Brasília, DF: Ministério da Saúde. 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>>. Acesso em: 24 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no REsp 950.725/RS**, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 06/05/2008, publicado em 18/06/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **MS n. 8.895/DF**, Relatora Min. Eliana Calmon, publicado 07/06/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADI 3510**, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, publicado em 28/05/2010. 2010a.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADPF 54**, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, publicado em 30/04/2013. 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADPF 132**, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14/10/2011. 2011b.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ARE 639337 AgR**, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, publicado em 15/09/2011. 2011c.

_____. Supremo Tribunal Federal, **STA 175 AgR**, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, publicado em 30/04/2010. 2010b.

_____. Supremo Tribunal Federal, **STA 198**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/12/2008. 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Suspensão de Liminar n. 558/DF**, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 15/10/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: Saúde**. Brasília, DF: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BUSS, P. M.; PELLEGRINI FILHO, A. A saúde e seus determinantes sociais. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 17. n. 1, p. 77-93, abr. 2007.

CAMPOS, G. W. S. Reflexões temáticas sobre equidade e saúde: o caso do SUS. **Saúde e Sociedade**, v. 15, n. 2, p. 23-33, maio/ago. 2006.

CAMPOS NETO, O. H. et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 46, n. 5, p. 784-790, out. 2012.

CARVALHO, E. R. de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

_____. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007.

CARVALHO, G. “Planos de saúde para pobres” (PPP) subsidiados pelo governo. **Radis: comunicação e saúde**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <
<http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/radis-na-rede/planos-de-saude-para-pobres-ppp-subsidiados-pelo-governo-0>>. Acesso em: 25 maio 2014.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, jun. 2010.

_____. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009.

COMISSÃO NACIONAL SOBRE DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE (CNDSS). **As causas sociais das iniquidades em saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS. **Assistência farmacêutica no SUS**. Brasília, DF: CONASS, 2011.

COUTINHO, J. N. de M. Da política pública ditada pelo Poder Judiciário no tocante à saúde pública. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 41, n. 47, p. 179-186, jan./jun. 2007.

CUNHA JÚNIOR, D. A separação de funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. TAVARES, A. R. et al. (Org.). In: **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265-290.

DAHLGREN, G.; WHITEHEAD, M. **Policies and strategies to promote social equity in health**. Stockholm: Institute for Future Studies, 1991.

DALLARI, S. G. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 57-75, 2010.

_____; NUNES JÚNIOR, V. S. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

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

_____. Justice and access to health care. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/justice-healthcareaccess/>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

_____. Porque a justiça é importante para a nossa saúde. **Ideias**, Campinas, v. 1, n. 2, p. 245-272, jan./jun. 2011.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun, 2013.

DUARTE, C. M. R. Equidade na legislação: um princípio do sistema de saúde brasileiro? **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 443-463, 2000.

FERRAZ, O. L. M.; VIEIRA, F. S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009

_____; OUVÉNEY, A. M. Política de saúde: uma política social. In: GIOVANELLA, L. et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012, p. 25-58.

GARCIA, L. P. et al. **Dimensões do acesso a medicamentos no Brasil**: perfil e desigualdades dos gastos das famílias, segundo as pesquisas de orçamentos familiares 2002-2003 e 2008-2009. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, RJ: IPEA, 2013.

GARGARELLA, R. **A teoria da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GOUVÊA, M. M. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003.

HERPER, M. The world's most expensive drugs. **Forbes**, New York, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html>>. Acesso em 04 mar. 2014.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

HIRSCHL, R. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

IBRAHIM, F. Z. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Um panorama da saúde no Brasil**. Acesso e utilização dos serviços, condições de saúde e fatores de risco e proteção à saúde. Rio de Janeiro, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010.

JAPIASSU, H.; MARCONDES, D. **Dicionário básico de filosofia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KASS, L. R. Defending human dignity. In: **Human dignity and Bioethics: essays** commissioned by the president`s council on bioethics. Washington, D. C., p. 297-332, 2008.

KOERNER, A. et al. Sobre o judiciário e a judicialização. **Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas**, Bogotá (Colombia), v. 2, n. 4, p. 17-52, jul./dez. 2011.

LEAL, R. G. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 50-69, mar./jun. 2008.

LOBATO, L. de V. C.; GIOVANELLA, L. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA, L. et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012, p. 89-120.

MACHADO, F. R. de S.; DAIN, S. A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 1017-1036, jul./ago. 2012.

MACHADO, M. A. de A. **Acesso a medicamentos via Poder Judiciário no Estado de Minas Gerais**. 2010. 130f. Dissertação (Mestrado em Ciências Farmacêuticas). Faculdade de Farmácia, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010.

_____ et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011.

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113- 134, 2002.

MACKLIN, R. Dignity is a useless concept. **British Medical Journal**, London, n. 327, p. 1419-1420, 2003.

MEDEIROS et al. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 1.089-1.098, abr. 2013.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219f Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MERCADANTE, O. A. Evolução das políticas e do sistema de saúde no Brasil. In: FINKELMAN, J. (Org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde. **Medicamentos de alto custo/excepcionais**. Belo Horizonte, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/component/gmg/page/347-medicamentos-de-alto-custo-excepcionais-sesmg>>. Acesso em 20 abr. 2014a.

_____. TJMG, **Apelação Cível/Reexame Necessário n. 1.0026.12.006398-2/001**, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, julgamento em 13/02/2014, publicação da súmula em 24/02/2014b.

_____. Tribunal de Justiça, **Apelação Cível/Reexame Necessário n. 1.0145.12.031069-6/002**, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, julgamento em 13/08/2013, publicação da súmula em 26/08/2013. 2013a.

_____. Tribunal de Justiça, **Apelação Cível/Reexame Necessário n. 1.0145.11.058939-0/002**, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, julgamento em 25/06/2013, publicação da súmula em 05/07/2013. 2013b.

_____. Tribunal de Justiça, **Apelação Cível n. 1.0439.06.055885-5/001**, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, julgamento em 10/10/2013, publicação da súmula em 23/10/2013. 2013c.

MOTTA, F. J. B. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY, N. et al. União quer ampliar acesso a planos de saúde. **Folha de São Paulo**: cotidiano. 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/95986-uniao-quer-ampliar-acesso-a-planos-de-saude.shtml>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

NORONHA, J. C de; LIMA, L. D. de; MACHADO, C. V.. O sistema único de saúde – SUS. In: GIOVANELLA, L. et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012, p. 365-393.

NUNES, D. J. C. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Ranking IDHM Unidades da Federação 2010**: Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDHM-UF-2010.aspx>>. Acesso em: 25 maio 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - OMS. Comissão Para Os Determinantes Sociais Da Saúde (CDSS). **Redução das desigualdades no período de uma geração**. Igualdade na saúde através da ação sobre os seus determinantes sociais. Relatório Final da Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde. Portugal: 2010.

_____. **Relatório mundial de saúde: cuidados de saúde primários agora mais que nunca**. 2008. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2008/whr08_pr.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2014.

_____. **Relatório mundial de saúde: financiamento dos sistemas de saúde**. 2010. Disponível em: <<http://www.who.int/entity/eportuguese/publications/WHR2010.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS. **Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS**. selección de medicamentos esenciales. Ginebra: WHO, 2002. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_EDM_2002.2_spa.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

PAIM, J. et al. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. **The Lancet**: saúde no Brasil. Nova York, p. 11-31, maio 2011.

PAIM, J. S. Equidade e reforma em sistemas de serviços de saúde: o caso do SUS. **Saúde e Sociedade**, v. 15, n. 2, p. 34-46, maio/ago. 2006.

PEPE, V. L. E. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2405-2414, ago. 2010.

PESSINE, L.; BARCHIFONTAINE, C. de P. de. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

PINKER, S. The stupidity of dignity. **The New Republic**. Washington, May 2008. Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/article/thestupidity-dignity>>. Acesso em: 12 out. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, J. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANDEL, M. J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, B. de S. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Apelação n. 0034026-16.2010.8.26.0053. Relator José Maria Câmara Júnior, 9ª Câmara de Direito Público, julgado em 26/03/2012.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In NOBRE, M. A. de B.; SILVA, R. A. D. (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117-148.

_____. Comentário ao art. 198. In: CANOTILHO, J. J. G. et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1938-1941.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHEFFER, M. Judicialização e incorporação de tecnologias: o caso dos medicamentos para tratamento da aids no sistema único de saúde. In: KEINERT, T. M. M; PAULA, S. H. B. de; BONFIM, J. R. de A. (Orgs.). **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009, p. 129-138.

SCOREL, S. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, L. et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012, p. 323-364.

SEN, A. Por que equidade em saúde? In: **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 73-93.

SMALL, D. A.; LOEWENSTEIN, G.; SLOVIC, P. Sympathy and callousness: the impact of deliberative thought on donations to identifiable and statistical victims. **Organizational Behavior and Human Decision Processes**, v. 102, n. 2, p. 143-153, 2007.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TANAKA, O. Y. A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 137-143, mar./jun. 2008.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. N. The judicialization of politics in the Philippines and Southeast Asia. **International Political Science Review**, v. 15, n. 2, p. 187-197, 1994.

_____; VALLINDER, T. (Orgs.) **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república**. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2013a. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2012/index.html>. Acesso em: 09 jan. 2014.

_____. **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde – FISCASAÚDE**. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2013b. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf>. Acesso em 28 maio 2014.

TURNER, B. **Equality**. Londres-Nova York, Ellis Horwood Limited-Tavistock Publications, 1986.

VERONESE, A. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos** (Fundação Casa de Rui Barbosa), v. 3, p. 215-265, 2009.

VIANA, A. L. D.; BAPTISTA, T. W. de F. Análise de políticas de saúde. In: GIOVANELLA, L. et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012, p. 59-87.

VIANNA, L. W. A judicialização da política. In: AVRITZER, L. et al. (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 207-214.

VIANNA, L. W et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA L. W. et. al. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2, São Paulo, p. 39-85, nov. 2007.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v.41, n.2, p. 214-222, 2007.

VIEIRA-DA-SILVA, L. M; ALMEIDA FILHO, N. Equidade em saúde: uma análise crítica de conceitos. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 25, supl. 2, p. 217-226, 2009.

WANG, D. W. L. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas de saúde**. 2009. 104f, Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

WHITEHEAD, M. The concepts and principles of equity in health. **International Journal of Health Services**, Westport, v. 22, p. 429-445, 1992.

ZIPPELIUS, R. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.