

Qual é a justiça da justiça brasileira? Uma análise das decisões do supremo tribunal federal em matéria de direito à saúde à luz das teorias políticas de R. Nozick, J. Rawls e R. Dworkin¹

Which is the justice of the brazilian judiciary? An analysis of the decisions of the brazilian supreme court in light of the theories of justice of R. Nozick, J. Rawls and R. Dworkin.

Marcio Camargo Cunha Filho²

Resumo:

As relações entre direito e política têm sido objeto de exaustivo debate acadêmico em todo o mundo. No Brasil, os juízes, apesar de intervirem cada vez mais em políticas públicas, nem sempre se preocupam em fundamentar, sob uma perspectiva teórica, suas decisões de cunho político. Sendo assim, o presente trabalho indaga se decisões do STF que tratam de políticas distributivas relacionadas ao direito à saúde são compatíveis com algumas das mais influentes teorias da justiça contemporâneas. Utilizando-se dos métodos quanti e qualitativo, verificou-se que a Corte brasileira, ao tentar privilegiar os menos favorecidos, aproxima-se do igualitarismo de Dworkin e de Rawls, porém o faz de maneira imperfeita, pois os critérios utilizados para distribuição de bens parecem ser moralmente arbitrários. Concluiu-se que a falta de um embasamento teórico sólido faz com que a Suprema Corte brasileira não trate igualmente os seus jurisdicionados, o que demonstra a necessidade de repensar as relações entre Poder Judiciário e Política no Brasil.

Palavras-chave: Direito e política. Supremo Tribunal Federal. Direito à saúde. Teoria da Justiça.

Abstract:

The relationships between law and politics have been the matter of exhaustive academic debate all over the world. Even though judges increasingly intervene in political matters in Brazil, not always do they make an effort to substantiate their decisions regarding public policy from a theoretical standpoint. Thus, this paper inquires whether the decisions of the Federal Supreme Court dealing with distributive policies concerning the right to health are compatible with some of the most influential contemporary justice theories. By using both quantitative and qualitative methods, it was verified that, by trying to privilege the less favored, the Brazilian Courts gets closer to the equalitarianism of Dworkin and Rawls, albeit

¹ Artigo recebido em 24 de abril de 2013 e aceito em 13 de novembro de 2013.

² Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e Mestre em Ciência Política, ambos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Email: marciocunhafilho@yahoo.com.br.

in an imperfect manner, as the criteria used for the distribution of assets seem morally arbitrary. It was concluded that lack of solid theoretical substantiation leads the Brazilian Supreme Court not to treat the parties subject to its jurisdiction equally, which points to the need to rethink the relationships between the Judiciary and Politics in Brazil.

Keywords: Law and politics. Federal Supreme Court. Right to health. Theory of Justice.

1. Introdução.

Desde o final da década de 1990, o Poder Judiciário brasileiro tem sido cada vez mais chamado a intervir em questões anteriormente consideradas de competência exclusiva do Executivo e do Legislativo: trata-se de questões relacionadas ao direito à saúde e à obrigação do Estado em fornecer gratuitamente medicamentos e tratamentos médicos a cidadãos hipossuficientes. Quase sempre embasadas no art. 196 da Constituição Federal, o qual aduz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, estas ações judiciais, devido ao seu elevado volume e à elevada taxa de sucesso de seus autores, têm provocado relevante impacto nos planos formulados pelos poderes representativos em matéria de políticas públicas de saúde.

Com efeito, dados da Advocacia-Geral da União³ apontam que, no período compreendido entre outubro de 2011 e setembro de 2012, foram protocoladas frente à Justiça Federal brasileira 7.773 (sete mil setecentos e setenta e três) ações judiciais visando à distribuição gratuita de medicamento⁴. Embora a média de procedência destas ações varie de acordo com o Estado da federação em que a demanda é protocolada, no âmbito nacional cerca de 70% (setenta por cento) destas ações foram julgadas procedentes ou parcialmente procedentes durante o período estudado. Ainda segundo o estudo, as ações judiciais visando ao fornecimento de medicamentos causa relevante impacto orçamentário ao Estado brasileiro: somente em 2012, a União gastou R\$ 287.844.969,15 (duzentos e oitenta e sete

³ BRASIL, Advocacia-Geral da União (2012). *Intervenção Judicial na saúde pública Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf> (acesso em outubro de 2013).

⁴ Vale ressaltar que, consoante o estudo promovido pela AGU, a taxa de ajuizamento destas demandas, ademais de bastante elevada, é crescente. Com efeito, em 2009 houve ajuizamento de 10.486 novas demandas frente ao Judiciário Federal; em 2010 este número subiu para 11.203 e, em 2011, para 12.811. No ano de 2012, dados coletados até outubro mostram que houve ajuizamento de 9.567 novas ações judiciais visando ao fornecimento de medicamento ou tratamento médico

milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, novecentos e sessenta e nove reais e quinze centavos) com compra de medicamentos devido a determinação judicial⁵.

Frente à importância do tema, este trabalho se propõe a analisar como o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro tem lidado com litígios individuais que pleiteiam a efetivação do direito social à saúde. Mais especificamente, e partindo do pressuposto de que decisões que acarretam tão relevante interferência na vida política do país devem contar com embasamento teórico sólido, este texto buscará examinar a postura do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz de algumas das mais conhecidas teorias políticas contemporâneas, quais sejam, as de Ronald Dworkin, John Rawls e Robert Nozick⁶.

Não se ignora que juízes nem sempre se focam em aspectos teóricos para a tomada de decisões. Argumentos que atendam a critérios econômicos, sociais ou de equidade são frequentemente priorizados frente a questões de cunho teórico. A justificativa para a ênfase da abordagem teórica deste estudo se dá porque, no caso das ações judiciais que visam à obtenção de medicamentos ou tratamentos médicos, este aspecto não tem sido suficientemente discutido pela doutrina jurídica, diferentemente do que ocorre com os demais. Além disso, buscar-se-á demonstrar que, não se embasando em critérios teóricos sólidos, o STF deixa tomar a melhor decisão também dos pontos de vista econômico e social.

Para cumprir com este objetivo, primeiramente será realizado um levantamento de decisões relacionadas ao campo da saúde tomadas pelo STF ao longo da última década. Posteriormente, verifica-se em que concepção teórica o núcleo do posicionamento da Corte se encaixa. Na conclusão, após constatar que o Tribunal parece aplicar uma espécie de

⁵ Importante ressaltar que este número representa tão-somente o valor gasto pela União com a compra de medicamentos por determinação judicial. Não inclui outros gastos relevantes, em especial os valores relativos às despesas com o procedimento de compra e entrega do medicamento, que envolvem a publicação da compra no Diário Oficial, o pagamento da transportadora para entrega da medicação em domicílio, o pagamento de seguro-transporte. Este montante tampouco inclui valores referentes a depósitos judiciais e transferências da União para Estados e Municípios, valor que chegou próximo a R\$ 61 milhões no ano de 2012.

⁶ Escolheu-se a teoria de Rawls para subsidiar a análise do presente texto porque se trata, sem dúvida, de uma das principais teorias da justiça elaboradas no século XX. Alguns autores, como Gargarella (2008) chegam a classificar as teorias da justiça como as que vieram antes e depois de Rawls. Por outro lado, o principal livro de Nozick, publicado em 1974, é um claro contraponto à teoria de Rawls, sendo considerada por muitos como a principal antítese de sua teoria, e por tal motivo foi adotada para análise. Por fim, a obra de Ronald Dworkin foi escolhida porque se trata de um dos autores mais estudados e mais citados na atualidade em se tratando de teoria do direito e teoria da justiça. Ademais, ele é considerado, também por Gargarella, como o autor que mais solidamente trouxe modificações à obra de Rawls. Ainda que não haja espaço, no presente texto, para uma discussão aprofundada da obra de Dworkin, adotaram-se alguns dos pressupostos de sua teoria da justiça contidas no livro "A Virtude Soberana".

liberalismo igualitário distorcido, serão realizadas algumas considerações acerca dos potenciais perigos do atual ativismo judicial à brasileira.

Naturalmente, não se desconsidera que uma decisão judicial pode estar solidamente embasada sem que se preocupe em citar autores específicos ou mesmo sem seguir rigorosamente uma determinada corrente teórica. Contudo, o que se demonstra é que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao julgar lides relacionadas à questão da saúde pública, acaba incorrendo, talvez sem perceber, em diversos equívocos comumente apontados pelos autores supracitados. Sendo assim, conclui-se que, ao não atentar para problemas expressamente enfatizados por Dworkin e Rawls, o STF não está se posicionando frente à temática de maneira tão coerente quanto o esperado. Por outros termos, chega-se à conclusão de que, caso os Ministros do STF analisassem mais atentamente as teorias acima citadas, muitos dos problemas relativos à judicialização da saúde, abordados ao final deste texto, poderiam ser mitigados.

2. Metodologia.

A escolha dos precedentes citados no presente estudo se fez por meio de pesquisas realizadas separadamente no sítio eletrônico do STF (www.stf.jus.br) na seção “Jurisprudência – Pesquisa de jurisprudência”, com as seguintes palavras-chave: “medicamento”, “tratamento médico” e “reserva do possível”. Estas pesquisas relevaram a existência, respectivamente, de 129, 95 e 99 acórdãos. Após descartados os acórdãos que não possuíam qualquer relação com o tema estudado⁷, selecionaram-se, para citação textual, aqueles que mais apareciam no campo “indexação” dos outros acórdãos que tratavam sobre o tema. A título de exemplo, pode-se referir que a citação textual do voto-vista do Min. Celso de Mello na Pet. n. 1.246 justifica-se tendo em vista que foi citada por nada menos do que 13 decisões tomadas posteriormente. Outras decisões, como o AI 238328 AgR / RS e a SS 3.073, foram citadas expressamente por serem consideradas pela

⁷ Por exemplo, o AI 613115 AgR / RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/12/2012, aparece quando se realiza a pesquisa utilizando-se a palavra-chave “reserva possível”, porém assim mesmo não possui relação com o tema presentemente estudado. Trata-se na verdade de acórdão que discute a possibilidade de aplicação de multa em se tratando de agravo de cumho marcadamente protelatório.

doutrina⁸ como precedentes precursores, ou seja, que moldaram o pensamento posterior da Corte. Por fim, outras decisões, como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.626.382 foram mencionadas por representar o posicionamento mais recente da Suprema Corte brasileira no momento em que o presente estudo foi desenvolvido.

Quanto ao aspecto temporal, cabe ressaltar que a mais antiga decisão do STF encontrada sobre o tema da obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamento ou tratamento médico foi o Agravo de Instrumento n. 238.328, proveniente do Rio Grande do Sul, e julgado em 16 de novembro de 1999. Assim, justifica-se que o recorte temporal da pesquisa tenha sido o período compreendido entre novembro de 1999 e agosto de 2013, data em que a presente pesquisa foi finalizada.

3. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da saúde.

Nesta seção, realizar-se-á levantamento de alguns julgamentos ilustrativos do STF em matéria de efetivação do direito à saúde, selecionados de acordo com os critérios elencados no item anterior.

Conforme se adiantou, a controvérsia de fundo das ações que lidam com a presente temática é clara: deve o Estado fornecer gratuitamente remédios ou tratamentos médicos a cidadãos que não possuem recursos financeiros para adquiri-los?

O STF começou a tratar da questão já na década de 1990, em recursos oriundos do Rio Grande do Sul, estado em que primeiro surgiram disputas judiciais envolvendo o direito à saúde. Àquela época, as ações versavam quase que exclusivamente acerca do fornecimento de medicamentos relacionados ao combate do vírus HIV. Frente ao número ainda relativamente baixo de demandas desse tipo, a Suprema Corte brasileira não parecia ver como necessária uma fundamentação mais rigorosa de suas decisões, tal como se pode observar a partir do seguinte exemplo, em que a *ratio decidendi* do Ministro relator se limitou a fazer alusão ao art. 196 da Constituição brasileira:

⁸ Nesse sentido, WANG, Daniel (2009). *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. In: VOJVODIC, Adriana; COUTINHO, Diogo. *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo, Malheiros.

No mais, reporto-me aos fundamentos da decisão atacada. 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 a sua promoção, proteção e recuperação.”⁹

Como se percebe, a matéria era tratada pelo Supremo como um simples questão de subsunção do referido dispositivo constitucional: uma vez que o art. 196 aduz que a saúde é obrigação do Estado, uma pessoa enferma necessariamente tem o direito de obter todo o tratamento médico de que necessite. Não há, nessa fase do pensamento do STF, maiores considerações sobre possibilidades orçamentárias do Estado, e tampouco discussões sobre políticas distributivas.

Em outros julgamentos realizados aproximadamente no mesmo período, o STF decidiu de maneira bastante similar. Pode-se citar, como exemplos, os seguintes processos: Ag 232469-RS, Rel. Min. Marco Aurélio; Ag 236644-RS, Rel. Min. Maurício Correa; RE 273-042-RS, Rel. Min. Carlos Velloso¹⁰.

A partir do início da década de 2000, o volume de processos envolvendo a temática do direito à saúde cresce, e o STF parece sentir a necessidade de fundamentar de maneira mais aprofundada seus julgamentos. É o que ocorre do precedente abaixo, do qual colacionam-se trechos do voto do Ministro relator que embasaram a decisão da Corte:

Tenho por inquestionável a legitimidade jurídico-constitucional da decisão em causa, especialmente porque, fundada no art. 196 da Constituição da República – reconheceu incumbir, ao Município de Porto Alegre, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolverem pacientes destituídos de recursos financeiros e que sejam portadores do vírus HIV (...)

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

⁹ AI 238328 AgR / RS, voto do relator, Min. Marco Aurélio, julgado em 16/11/1999

¹⁰ Os dois primeiros processos aqui citados não estão disponíveis no sítio eletrônico do STF, porém são citados como precedentes na ação Ag RE 271 286-8-RS, Rel. Min. Celso de Melo, julgado em 12/09/2000. O terceiro processo está disponível no site do STF, e possui ementa bastante similar àquela transcrita no parágrafo anterior.

(...)

Na realidade, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196), representando, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

(...)

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

(...)

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional¹¹.

Neste julgado, já se começam a perceber elementos de um posicionamento político relevante por parte da Corte brasileira. Em primeiro lugar, ao classificar o direito à saúde como um direito público subjetivo, o STF, conforme critica José Reinaldo Lima Lopes¹², transforma a relação entre o cidadão e o Estado em uma relação entre credor e devedor. É que, ao afirmar que o direito à saúde é dever indissociável ao direito à vida, e que o Estado tem o “impostergável dever” de garantir esse direito de maneira quase absoluta, afirma-se, na realidade, que o Estado está em dívida para com seus cidadãos hipossuficientes, e que esta situação de mora pode e deve ser resolvida através de uma ação judicial individual (e não necessariamente por meio da promoção de políticas públicas que tenham por escopo atingir diversos setores da população). Em segundo lugar, nota-se que o STF começa a julgar moralmente os poderes representativos, na medida em que afirma que eles não podem

¹¹ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286. Relator, Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000.

¹² LOPES, José Reinaldo Lima (2006). *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo, Editora Método.

transformar uma norma constitucional em mera promessa inconsequente. Este julgamento moral também transparece quando se fala em “infidelidade” do governo frente à Constituição, bem como quando se acusa os demais Poderes de permanecerem indiferentes às necessidades da população hipossuficiente. Por fim, importa ainda sublinhar que a Suprema Corte se posiciona de maneira abertamente favorável aos menos favorecidos, o que fica particularmente claro quando se aduz que o Estado tem a obrigação de efetivar o direito à saúde “especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.”

Ao longo da década de 2000, são proferidos diversos outros julgamentos, sempre com entendimento bastante similar ao anteriormente citado. Dentre os mais citados nos próprios acórdãos do STF, pode-se mencionar os seguintes casos: RE 393175 AgR / RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/12/2006; AI 553712 AgR / RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/05/2009; STA 175 AgR / CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010; SL 47 AgR / PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010. Estes precedentes, ainda que não representem o total de decisões tomadas pelo STF durante o período estudado, são exemplos ilustrativos do posicionamento da Corte, na medida em que foram citados ao menos duas vezes como precedentes relevantes em outros julgamentos do Tribunal.

Todas as decisões citadas até o momento deferiram a concessão gratuita do medicamento ou do tratamento médico pleiteado. Por longo período, a tese da obrigatoriedade do fornecimento estatal de recursos destinados a garantir o direito à saúde foi praticamente absoluta¹³. A partir de 2007, contudo, começam a surgir decisões que, preocupadas com o princípio da separação dos poderes e com os limites orçamentários do Estado, indeferem os pedidos judiciais que anteriormente eram concedidos sem maiores questionamentos.

Esta aparente modificação no entendimento do STF tem levado parte da literatura especializada a constatar que, atualmente, o cidadão que pleiteia remédios frente à Suprema Corte enfrenta situação de insegurança jurídica, uma vez que o atendimento ou não de seu pleito dependeria do ministro que viria a ser o responsável pelo caso. Nesse

¹³ A pesquisa promovida com base nas palavras-chave anteriormente citadas não encontrou nenhuma decisão que denegava o acesso a medicamentos antes do anos de 2007.

sentido, Wang¹⁴ parece dar a entender que o Supremo Tribunal Federal talvez esteja iniciando um período de transição no que diz respeito ao tratamento do tema, e que o consenso que antes existia acerca da necessidade de o Judiciário intervir na efetivação do direito à saúde certamente não se faz mais presente na atualidade.

A Min^a Ellen Greice teria protagonizado esta tentativa de mudança de entendimento. No julgamento monocrático da SS 3.073 RN, em 09/02/2007, a ministra reconheceu que a decisão liminar que determinava a obrigação do Estado do Rio Grande do Norte em fornecer medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop para paciente portador de câncer causaria lesão à ordem pública, na medida em que abalaria a organização do sistema público de saúde. A ministra argumentou que

a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

A partir daí, a ministra continuou lançando mão dos mesmos argumentos acima transcritos para indeferir o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos em diversos outros casos. No entanto, esta tentativa de inflexão não parece ter sido corroborada pelos demais ministros da Corte. Nesse sentido, uma análise cautelosa das decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal demonstra que, na realidade, os julgamentos da Min. Ellen Greice que negaram o fornecimento de medicamentos são apenas exceções, sendo que a Corte como um todo parece seguir coerente na adoção de posicionamento favorável à concretização judicial do direito à saúde, uma vez que os julgamentos mais recentes da Corte têm reiterado o seu tradicional entendimento.

¹⁴ Idem, ibidem.

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

Verifica-se, nesse sentido, que o indeferimento da concessão judicial de medicamentos está geralmente ligado a questões processuais ou a probatórias¹⁵, sendo que o entendimento de fundo do Supremo Tribunal Federal continua sendo predominantemente favorável à tese de que é lícito ao Judiciário intervir em matéria de políticas redistributivas. Entretanto, é necessário admitir que, antes de 2007, muito raramente uma demanda por medicamentos ou tratamentos médicos seria desatendida, ao passo que atualmente o indeferimento deste pleito é uma possibilidade, ainda que meramente excepcional.

Em síntese, a hipótese defendida nesta seção é a de que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, desde que se deparou com o tema pela primeira vez, tem sempre se mostrado fortemente favorável à necessidade de intervenção do Estado para assegurar condições mínimas de saúde aos cidadãos brasileiros hipossuficientes. As exceções a este posicionamento não invalidam esta tese geral.

Para corroborar este entendimento, é relevante mencionar precedentes mais recentes do STF, bem como analisar mais detalhadamente os posicionamentos individuais de alguns ministros da Corte.

Um importante argumento, inicialmente utilizado pelo Ministro Celso de Mello e reiterado em inúmeras decisões posteriores, aduz que, quando se trata de escolher entre uma prerrogativa econômico-orçamentária do Estado e o direito fundamental à vida e à saúde do indivíduo, deve o Supremo Tribunal Federal, por razões de ordem moral, optar pelo segundo. Nas palavras do ministro,

¹⁵ Por exemplo, no caso STA 334 AgR / SC, Rel. Min. Cezar Peluzo, j. 24/06/2010, o fornecimento de medicamento foi indeferido, porque, segundo entendimento do relator do caso, a condição de portador de Hepatite B do demandante não restou devidamente comprovada, visto que o laudo médico constante nos autos não havia sido fornecido por médico cadastrado no sistema do Sistema Único de Saúde (SUS).

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida¹⁶.

Embora Celso de Mello seja, provavelmente, o ministro que mais entusiasticamente apoia a intervenção judicial para fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, ele certamente não é o único a adotar este posicionamento. Neste mesmo sentido, Sidney Sanches argumentou que “em matéria tão relevante como a saúde descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade.¹⁷” No mesmo sentido, Ellen Greice afirmou que “obstáculos de ordem burocrática orçamentária (...) não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida¹⁸”, ao passo que Marco Aurélio ressaltou que “problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente¹⁹”.

Dessa forma, questões orçamentárias, bem como o argumento da reserva do possível, não parecem e não parecem fazer parte das preocupações do Supremo Tribunal Federal, pelo menos no que concerne às decisões que tratavam de fornecimento gratuito de medicamentos ou tratamentos médicos. É que, no entendimento do Tribunal, o direito à vida e o direito à saúde são intrinsecamente mais importantes do que quaisquer tipo de preocupações financeiras. Nesse sentido, afirmou-se recentemente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...), incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis.²⁰” Em outros precedentes, a Corte tem reiterado que a mera alegação de que a concessão gratuita do medicamento pleiteado judicialmente causará “graves danos” aos cofres públicos não é suficiente para afastar a necessidade de concretização judicial do direito à saúde, sendo necessário, nestes casos, que o ente federativo demonstre

¹⁶ Este voto do Min. Celso de Mello aparece inicialmente no julgamento da medida cautelar da Pet. 1.246 SC, julgado em 13/02/1997. Posteriormente, o trecho acima transcrito é citado em diversas outros julgamentos do STF.

¹⁷ Trecho do RE 198.263 RS, julgado em 30/03/2001, citado por Wang, 2009: 281.

¹⁸ Trecho do RE 343.413 MG, julgado em 26/06/2002, citado por Wang, 2009: 281.

¹⁹ Trecho do RE 195.192 RS, julgado em 31/03/2000, citado por Wang, 2009: 281.

²⁰ STF, RE 368564 / DF, Rel. Min. Menezes Direito, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 13/04/2011.

efetivamente que tipo de prejuízo financeiro este provimento judicial lhe acarretará²¹. Como este tipo de prova é muito difícil de ser realizado, na prática a grande maioria dos pedidos de fornecimento de medicamentos continua sendo acatada pelo STF.

Importante ressaltar que o posicionamento do STF não foi substancialmente modificado em decorrência da audiência pública para tratar sobre o tema ocorrida entre 27 de abril e 07 de maio de 2013. A primeira decisão tomada pela Corte logo após a audiência pública, a Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, reenfazizou o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos relacionados à saúde pública. Veja-se extrato do voto do relator do processo, Ministro Gilmar Mendes:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes²².

Na ocasião, o Ministro sugeriu uma série de parâmetros que poderiam determinar a concessão ou não de medicamentos e tratamentos médicos pela via judicial, mas deixou claro que a intervenção do Judiciário nesta seara é possível e inclusive desejável nas hipóteses em que o medicamento consta nas listas do SUS, porém não se encontra disponível para a população. Mais recentemente, o Supremo tem decidido a favor do fornecimento de fraldas geriátricas àqueles que as necessitem, com fundamento no mesmo art. 196 da Constituição Federal²³.

Reitera-se o ponto central da primeira parte deste estudo: desde que se deparou inicialmente com o tema, o STF tem se inclinado fortemente no sentido de que o Estado deve fornecer gratuitamente medicamentos ou tratamentos médicos aos cidadãos carentes. Questões orçamentárias são, quando comparadas com o direito à vida e à saúde, quase que

²¹ Exemplo deste entendimento pode ser verificado no julgamento do STA 361 AgR / BA, Rel. Min. Cezar Peluzo, j. 23/06/2010.

²² Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010.

²³ RE 626382 AgR / RS, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27 de agosto de 2013, a Ministra Rosa Weber decidiu que "emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal regional decidiu que o Estado deveria proporcionar, gratuitamente, as fraldas descartáveis, para efeito de se assegurar a saúde da ora agravada. Concluir de forma diversa demandaria desta Corte, a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, procedimento que não pode ser adotado em recurso extraordinário."

irrelevantes. Mas qual é a base teórica em que o Supremo Tribunal Federal se apoia para decidir desta maneira?

4. Análise das decisões do STF à luz das teorias políticas de R. Nozick, J. Rawls e R. Dworkin.

Esta seção busca enquadrar a *ratio decidendi* do posicionamento do STF, acima identificado, em alguma corrente da teoria política contemporânea. Mais especificamente, averiguaremos se as decisões do Tribunal se compatibilizam com o pensamento de três influentes autores contemporâneos, quais sejam, Robert Nozick, John Rawls e Ronald Dworkin²⁴.

4.1. O STF e o libertarianismo: polos cada vez mais distantes.

Mesmo uma análise superficial perceberá que o Supremo Tribunal Federal se afasta, em muito, da chamada doutrina libertária, da qual o americano Robert Nozick²⁵ sem dúvida é um dos autores mais influentes.

Segundo este autor, “o estado mínimo é o estado mais abrangente que se pode justificar. Qualquer estado mais abrangente viola os direitos das pessoas.”²⁶ Ele ainda enfatiza que não é legítimo haver nenhum tipo de distribuição central de bens, pois nenhuma pessoa e nenhum grupo têm o direito de controlar todos os recursos de uma determinada sociedade. Assim, “o que cada pessoa recebe, recebe-o de outros, que lho dão em troca de algo, ou como presente”²⁷.

A teoria da justiça de Nozick pressupõe que as pessoas só podem adquirir bens a partir de dois princípios gerais: o primeiro seria o da aquisição original de haveres e o segundo seria o da transferência de haveres. Isso significa, segundo o professor da Universidade de Harvard, que os princípios de distribuição não podem escolher um padrão de distribuição previamente estabelecido, que leve em conta um critério fixo (seja este

²⁴ Mais especificamente, os objetos do nosso estudo foram as obras *A Theory of Justice* (Rawls, 1971); *Anarquia, Estado e Utopia* (Nozick, 1974); e *A Virtude Soberana* (Dworkin, 2005).

²⁵ A obra “*Anarquia, Estado e Utopia*” foi publicada em 1974, três anos depois do livro “*Teoria da Justiça*”, de John Rawls ser lançado pela primeira vez, e estabelece um claro contraponto a este livro. Daí a importância de se analisar as duas obras em conjunto.

²⁶ Nozick, *ob cit*, p.191.

²⁷ *Idem*, p. 192.

critério o mérito moral, as necessidades, o grau de esforço, etc.) No esquema por ele criado, um sistema de titularidades somente será justo se as transferências de bens que ocorrerem em seu interior forem feitas pelo que chama de “razões.” Em outras palavras, é necessário que haja “um propósito ou um objetivo no ato de alguém transferir um haver para uma pessoa em vez de outra”²⁸. Assim, se alguém decidiu transferir recursos para outrem, não há justificativa alguma para que uma terceira pessoa reivindique interferir de alguma maneira nesta transação. Não há justiça em retirar recursos de uma pessoa se estes lhe foram transferidos voluntariamente.

Encarregar o Estado de realizar uma distribuição central de bens é, para Nozick, retirar das pessoas o direito de escolher o que fazer com o que têm. Para melhor ilustrar a teoria do autor, cabe lembrar que, para ele, tributação nada mais é do que sinônimo de trabalho forçado, já que significa uma maneira forçada de distribuição de bens. Assim, a distribuição e a tributação envolvem “a apropriação das ações das pessoas”, o que equivale a “reter-lhe [do tributado] horas e ordenar-lhe que realize várias atividades”²⁹.

Frente ao exposto, fica clara a concepção de Estado proposta por Robert Nozick: trata-se de um Estado mínimo, um guarda noturno que deve se limitar a “proteger as pessoas contra o homicídio, a agressão, o roubo, fraude, e por aí em diante”³⁰. Nesta concepção não haveria qualquer espaço para que o Estado se responsabilizasse, ainda que minimamente, pelo bem-estar ou pela saúde das pessoas. Não há de se falar em um ente que promova uma distribuição igualitárias de bens; do Estado deve-se apenas esperar que respeite e assegure as transações legítimas ocorridas no seio da sociedade.

Difícilmente se poderá argumentar que esta concepção de Estado se assemelha àquela proposta pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Esta corte, conforme restou demonstrado, adere a uma ideologia distributivista, e exige que o Estado forneça condições de saúde mínimas àqueles que se encontram em situação financeira desprivilegiada. Sendo assim, parece evidente que o STF se afasta, em muito, da ideologia dita libertária, e conseqüentemente do pensamento de R. Nozick. Uma teoria que proponha um liberalismo igualitário certamente se aproximaria mais do conteúdo das decisões do referido Tribunal.

²⁸ Idem, p. 202.

²⁹ Idem, p. 217.

³⁰ Idem, p. 206.

No entanto, até que ponto se pode dizer que as decisões dos ministros do STF se mostram coerentes com as teorias da Justiça de R. Dworkin e J. Rawls?

4.2 O STF e o liberalismo igualitário: aplicação distorcida da teoria?

Ronald Dworkin e John Rawl

s são frequentemente classificados como liberais igualitários. Suas concepções de justiça, diferentemente daquela anteriormente abordada, incorporam preocupações com os menos favorecidos e com a justiça distributiva. Aparentemente, portanto, esta corrente teórica estaria mais próxima da *ratio decidendi* das decisões da Suprema Corte brasileira em matéria de direito à saúde. No entanto, uma análise mais aprofundada revelará que, na verdade, o Supremo se distancia, ainda que parcialmente, destas correntes teóricas.

4.2.1 O STF à luz da obra de Ronald Dworkin.

A teoria da justiça de Ronald Dworkin é conhecida por marcar uma distinção entre igualdade de bem-estar³¹ e igualdade de recursos. A primeira afirma “que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar.” Já a igualdade de recursos pressupõe que as pessoas são tratadas igualmente quando há distribuição ou transferência de recursos “de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos.”³²

Dworkin advoga contra a ideia de que a igualdade de bem-estar deve embasar uma teoria igualitária de justiça. Ou seja, ele não acredita que se deva buscar uma sociedade em que todos tenham o mesmo nível de bem-estar. Para ele, esta concepção chega a ser contra intuitiva, na medida em que pressupõe que uma pessoa com gostos mais dispendiosos

³¹ Dworkin divide a igualdade de bem-estar em três subgrupos: a igualdade de êxito, a igualdade de bem-estar vinculada ao estado de consciência e as concepções objetivas de igualdade de bem-estar. Para os fins deste trabalho, não se mostra necessário analisar detalhadamente estes subtipos de concepções de justiça, na medida em que busca-se tão somente abordar os aspectos mais gerais da teoria de Dworkin.

³² Dworkin, Ronald (2005). *A virtude soberana: a teoria e a prática da equidade*. São Paulo, WMF Martins Fontes.pp. 4-.

deverá receber mais recursos da sociedade do que uma pessoa com gostos mais frugais. Nas palavras do filósofo norte-americano,

Os gostos dispendiosos são constrangedores para a teoria de que a igualdade significa igualdade de bem-estar precisamente porque acreditamos que essa igualdade, considerada em si e fora das questões de eficiência, condena, em vez de recomendar, a compensação por gostos dispendiosos deliberadamente cultivados³³.

A teoria da justiça de Dworkin, portanto, tem como pressuposto a igualdade de recursos, a qual pressupõe que “os recursos dedicados à vida de cada pessoa devem ser iguais”³⁴. Ou seja, não é rejeitada a ideia de que o mercado (e não o Estado) se responsabilize pela distribuição geral de bens, porém se busca garantir que as pessoas, ao ingressarem no mercado, encontrem-se em igualdade de condições.

Considerando o que se expôs até o presente momento, poder-se-ia argumentar que a teoria da justiça de Ronald Dworkin – que supõe que as pessoas devem iniciar suas buscas por bens com recursos iguais e a partir daí devem arcar com os custos de suas escolhas – aproxima-se ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Afinal, pode-se afirmar que a Corte, ao se posicionar no sentido de que o Estado tem a “impostergável obrigação” de garantir a saúde de seus cidadãos hipossuficientes, está dizendo, na realidade, que se deve assegurar que todos tenham um grau mínimo de igualdade de condições para participar da vida política e da futura distribuição de bens. Afinal, dificilmente se pode afirmar que uma pessoa com graves deficiências do ponto de vista da saúde está competindo em situação de igualdade com alguém perfeitamente saudável.

No entanto, há uma diferença crucial entre a teoria de Dworkin e o teor das decisões do Supremo Tribunal Federal. É que a análise do norte-americano incorpora constantemente a preocupação com o *tradeoff* entre distribuição e eficiência, ao passo que os ministros da Suprema Corte brasileira parecem estar completamente despreocupados com as limitações orçamentárias de uma distribuição de recursos. Assim, enquanto Dworkin afirma que “é, afinal, uma ideia conhecida em teoria política que a sociedade justa encontrará algum

³³ Idem, p. 65.

³⁴ Idem, p. 86.

compromisso entre a eficácia e a distribuição³⁵, o Supremo decide, enfaticamente, que “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida (...) ou fazer prevalecer (...) um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo (...) que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.³⁶

Assim, para o Supremo deve-se levar até as últimas consequências o objetivo de promover uma distribuição de recursos, visando, sempre, à promoção de igualdade de recursos. A teoria Dworkiana, por outro lado, visualiza uma série de problemas nesta compensação inicial das pessoas por serem elas portadoras de algum tipo de *handicap* físico ou mental. Nesse sentido, Dworkin problematiza a visão de que uma teoria da igualdade necessita realizar transferências radicais às pessoas que partem de níveis de bem-estar menores (como os deficientes ou os que possuem necessidade de medicamentos ou tratamentos médicos). Para ele, é necessário incorporar a esta análise o princípio da utilidade, bem como enfrentar a difícil questão de estabelecer os limites a esta transferência de recursos para os desprovidos de faculdades físicas ou mentais.

Na verdade, a teoria de Dworkin inadmitte expressamente a ideologia propagada pelo Supremo Tribunal Federal. No capítulo 8 de sua *Virtude Soberana*, Dworkin, abordando especificamente o tema da saúde pública, rejeita o que chama de “princípio do resgate”, o qual legitimaria o aforisma popular, referendado pelo STF, de que “a saúde não tem preço”, bem como a ideia de que o Estado deve fazer o que for necessário para assegurar a saúde de seus cidadãos³⁷. Dworkin aduz que, se fosse levada ao extremo, esta concepção levaria a sociedade à falência, e a impediria de realizar investimentos em outras áreas relevantes da vida social, como saúde, educação e lazer. Em suma, para ele o princípio do resgate é totalmente inútil para fins de se pensar de que maneira se devem investir recursos na área da assistência médica.

³⁵ Idem, p. 64.

³⁶ Este voto do Min. Celso de Mello aparece inicialmente no julgamento da medida cautelar da Pet. 1.246 SC, julgado em 13/02/1997. Posteriormente, o trecho acima transcrito é citado em diversas outros julgamentos do STF.

³⁷ O princípio do resgate – expressamente rejeitado por Dworkin – possui duas partes. “A primeira afirma que a vida e a saúde são, como definiu René Descartes, os bens mais importantes: todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens. A segunda afirma com veemência que se deve distribuir assistência médica com equidade que mesmo em uma sociedade na qual as riquezas sejam muito desiguais e se deboche da igualdade, não se deve negar a ninguém assistência médica de que precisa só por ser pobre demais para custeá-las” (Dworkin, *ob cit.*, p. 434).

Este ponto é enfatizado por Ferraz e Vieira³⁸. Para os autores, a postura do Supremo Tribunal Federal ao julgar questões relacionadas à saúde, por negligenciar a realidade fática da escassez de recursos e dos limites orçamentários do Estado, acaba por minar a universalidade do acesso a este direito no Brasil. É que o STF, ao tentar alcançar *tudo a todos*, acaba concedendo *tudo a alguns*, deixando outros com *pouco ou nada*³⁹. Para os autores, só é possível pensar em equidade e universalidade do acesso à saúde se forem levadas a sério as limitações orçamentárias do Estado. Se, para fins de determinar as alocações de recursos, for adotado o critério das necessidades individuais, chegar-se-á a uma situação insustentável, uma vez que os recursos efetivamente existentes jamais serão suficientes para atender a todas as necessidades dos indivíduos.

Os autores propõem uma interessante concepção de equidade: para eles, tal conceito “é o reconhecimento de que todos são iguais, ou seja, todos merecem igualdade de respeito e consideração do Estado, quando este elabora e implementa as políticas de saúde (...) O oposto da universalidade (a restrição a alguns, o privilégio) nada mais é do que a negação da igualdade”⁴⁰. A concepção de igualdade de Ferraz e Vieira, por levar em consideração que os recursos são escassos e que não faz parte das obrigações do Estado transferir bens radicalmente a uma pequena parte da população, parece se aproximar muito da teoria da justiça proposta por R. Dworkin. Já a posição do Supremo Tribunal Federal enxerga o direito à saúde como um direito “a atendimento à saúde, terapêutico e farmacêutico ilimitado”⁴¹. Por tal motivo é que não se pode afirmar que o Judiciário brasileiro é adepto do liberalismo igualitário, na medida em que, ao fim e ao cabo, está privilegiando constantemente as pessoas que, por seu grau de instrução ou condições socioeconômicas, têm condições de pleitear judicialmente o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos. Os que verdadeiramente nada têm e nada possuem continuam marginalizados deste esquema de distribuição, e recursos que possivelmente seriam destinados a eles são desviados em prol dos que têm a capacidade cognitiva e financeira de reivindicar seus direitos frente ao Judiciário.

³⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino (2009). Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados* [online], vol.52, n.1, pp. 223-251.

³⁹ Idem, p. 243.

⁴⁰ Idem, p. 239.

⁴¹ Idem, p. 242.

O que é importante frisar é que uma distribuição estrita e radical de recursos não é pressuposto do liberalismo igualitário. O que esta teoria sugere é, antes, que o Estado trate os seus cidadãos com respeito e consideração equivalentes, o que inclusive parece ser incompatível com a ideia da transferência radical de recursos defendida pela maioria dos ministros da Suprema Corte brasileira. Na verdade, pode-se pensar que a própria noção do *seguro hipotético* de Dworkin vai contra a ideia de que não se devem medir esforços para que se alcance um patamar mínimo de igualdade de recursos. O seguro hipotético de Dworkin significa que, socialmente, um determinado grupo vai tentar separar uma parte de recursos para lidar com eventualidades. Cria-se assim uma espécie de fundo, mas em nenhum momento se trabalha com a hipótese de que este deverá cobrir todos os tipos de azares, e a preocupação com os limites que as pessoas deverão estabelecer para financiar estes azares está presente em toda a obra de Dworkin.

4.2.2 O STF e a Teoria da Justiça de John Rawls.

Pode-se pensar que, ainda que a postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro não se compatibilize com a versão dworkiana do liberalismo igualitário, talvez encontre em John Rawls um embasamento teórico coerente para suas decisões.

Como se sabe, John Rawls⁴² fundamenta sua teoria da justiça com base em dois princípios:

First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others

Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage and (b) attached to positions and offices open to all.

O que particularmente nos interessa, no ponto, é a afirmação de que as desigualdade existentes em uma sociedade somente podem ser consideradas legítimas se atuarem no sentido de beneficiar os menos favorecidos. Será esse o caso da política de saúde pública adotada pelo STF?

⁴² RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge and London, Harvard University Press, p. 60.

Ora, a atuação do Supremo Tribunal Federal nesta esfera tem apenas piorado a situação dos brasileiros menos favorecidos, entrando portanto em confronto direto com o segundo princípio de justiça de Rawls.

É essa a conclusão de Luís Virgílio Afonso da Silva que, ao analisar o perfil dos cidadãos que pleiteiam a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, desmistifica a crença, comumente aceita na doutrina jurídica brasileira, de que “as cortes são uma voz institucional alternativa para os pobres, que são usualmente marginalizados do processo político”⁴³. Entrevistando os aproximadamente 3.500 (três mil e quinhentos) beneficiários de ações judiciais na cidade de São Paulo durante o primeiro quadrimestre de 2007, o autor mostra que as pessoas que obtiveram medicamentos ou tratamentos médicos por intermédio do Poder Judiciário são, em sua maioria, pessoas de classe média ou classe média alta. Isto decorre do contexto brasileiro, marcado por um processo civil bastante individualista, em que decisões judiciais tendem a beneficiar tão-somente aqueles que as propuseram, bem como a falta de equidade entre a população e o escasso acesso a informação que possui a população de baixa renda. O resultado disso é claro: enquanto parte significativa dos recursos para saúde pública é deslocada para atender rapidamente determinações judiciais, movidas por parte privilegiada da população que tem acesso a informação, a advogados e a recursos para mobilizar o judiciário, a camada mais carente da população fica à mercê das longas esperas da rede de saúde pública do Brasil.

Com efeito, o Judiciário brasileiro, ao alcançar ilimitadamente medicamentos ou tratamentos médicos aos que os pleiteiam judicialmente, não está favorecendo os que “nada têm”, como parecem pensar os ministros. Os que estão sendo favorecidos por este tipo de política são os que possuem capital socioeconômico ou cultural acima da média, uma vez que os que realmente são desprovidos de qualquer tipo de recursos sequer têm conhecimento de que podem pleitear melhores condições de vida frente ao Judiciário. Esta é a conclusão do estudo empírico elaborado por Luís Virgílio Afonso da Silva.

Não se nega que, eventualmente, possa haver decisões judiciais que beneficiem os menos favorecidos da sociedade. No entanto, beneficiar os menos favorecidos não tem sido o resultado principal das decisões do Supremo Tribunal Federal.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded? *Law & Social Inquiry*, Volume 36, Issue 4, 825–853, Fall 2011, p. 825.

Mas a postura do STF entra em choque com a teoria da justiça de Rawls em um aspecto ainda mais fundamental. É que, conforme expressamente enfatizado pelo próprio autor, sua concepção de justiça só faz sentido se estiverem presentes as chamadas “circunstâncias da justiça”, as quais são definidas como “requisitos para definir o papel da justiça”⁴⁴. Rawls faz uma diferenciação entre circunstâncias objetivas e subjetivas, sendo que as primeiras – as que interessam para o presente trabalho – seriam *condições de moderada escassez de recursos*. O raciocínio desenvolvido nesta parte de *Theory of Justice* é o de que, se nos encontrássemos em uma situação de escassez total de recursos, simplesmente não haveria bens a distribuir, e, portanto não haveria sentido em falar em justiça. O mesmo ocorreria em uma situação em que houvesse recursos ilimitados: novamente não teria sentido falar em uma teoria da justiça, porque, se todos podem ter acesso a todos os recursos, torna-se inútil discutir critérios de justa distribuição de bens.

Por outros termos, a escassez moderada de recursos é uma condição de existência da teoria da justiça de Rawls, pois, em circunstâncias distintas, a preocupação com a Justiça não faz sentido. Novamente, percebe-se a discrepância entre esta concepção teórica e a opinião dos ministros do Supremo Tribunal Federal, já que esta Corte parece pressupor um contexto de recursos ilimitados, em que seria possível alcançar ampla gama de recursos a todos que os pleiteassem judicialmente. Caso se colocasse frente às decisões do Supremo Tribunal Federal anteriormente analisadas, Rawls provavelmente argumentaria que o STF simplesmente não tem *nenhuma* teoria da justiça, haja vista que o Tribunal pressupõe um universo fictício, no qual não há limitações ou escassez de recursos.

O que se vê, portanto, é que nem mesmo uma teoria com elevado grau de abstração, como é a de Rawls, parece se compatibilizar com a postura do Supremo Tribunal Federal. Por qualquer ângulo de análise, parece claro que a Corte não compactua com o liberalismo igualitário, mas sim, possivelmente, com uma versão bastante mais radical do igualitarismo⁴⁵.

Ao fazê-lo, contudo, o STF acaba caindo em diversas armadilhas antecipadas pelos autores anteriormente abordados. Em especial, o Judiciário brasileiro parece não atentar

⁴⁴ RAWLS, *ob cit*, p. 126, tradução livre.

⁴⁵ No entanto, é necessário ressaltar que mesmo autores neo-marxistas, como Cohen, se preocupam, na formulação de suas propostas de justiça distributiva, com a questão da eficiência e da limitação de recursos.

para a diferenciação feita por Dworkin entre igualdade de recursos e igualdade de condições. Ao fazê-lo, e deixando de incorporar os limites dos recursos do Estado, o STF, ainda que desejando se colocar como protetor da camada mais pobre da população, parece fortalecer ainda mais as desigualdades sociais, tal como constatou o estudo de Luís Virgílio Afonso da Silva.

5. Considerações finais

Em influente trabalho, Terence Ball⁴⁶ afirmou que a teoria política não pode se limitar a “adquirir informações”, ou seja, não deve se limitar à tarefa de reproduzir, de maneira desconectada com o contexto atual, as antigas lições dos filósofos clássicos. Para se manter viva, a teoria política necessita mais do que isso: precisa se unir ao empirismo para que proporcionem oportunidades de leitura dos fenômenos contemporâneos a partir de diferentes perspectivas, as quais enriquecem e tornam mais complexos os esquemas conceituais convencionais. Por outras palavras, a teoria política não deve se isolar dos demais ramos da ciência política, mas sim se aproximar deles, sempre na busca de analisar problemáticas da ciência política contemporânea com maior grau de profundidade.

Foi esta a linha de pensamento que norteou o presente trabalho. Buscou-se contribuir para o atual debate acerca da judicialização da saúde no Brasil a partir da análise de duas importantes correntes teóricas contemporâneas – o libertarianismo e o liberalismo igualitário. Através da análise dos principais argumentos emitidos pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos dez anos em matéria de direito à saúde, verificou-se que esta Corte não parece se compatibilizar coerente e profundamente com nenhuma das principais teorias de justiça existentes na atualidade. Antes, o STF parece incorrer em uma série de equívocos antecipados pelos teóricos do liberalismo igualitário, dentre os quais a despreocupação com os limites orçamentários do Estado. Frente a isso, adere-se a uma espécie de teoria da igualdade distorcida, na qual as pessoas que possuem recursos para ingressar com ações

⁴⁶ BALL, Terence (2004). Aonde vai a teoria política? *Revista Sociologia e Política*, n. 023, pp. 09-22.

judiciais são mais beneficiadas do que aquelas que estão fora do alcance da atuação das instâncias judiciais.

Mais do que simplesmente afirmar que o STF não se compatibiliza com as teorias da justiça supra referidas, o que se buscou demonstrar é que, na verdade, a Suprema Corte brasileira não possui *nenhuma* teoria da justiça, no sentido de que não possui critérios claros, coerentes e equânimes para promover uma adequada distribuição de recursos. Com efeito, suas decisões parecem gerar, nesse plano distributivo, resultados quase que totalmente arbitrários, incompatíveis com *qualquer* concepção de justiça que denote um mínimo de solidez.

Considerando a enorme quantidade de recursos gastos para cumprimento de decisões judiciais que ordenam a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos gratuitos, tal situação mostra-se, no mínimo, preocupante, e aponta para a necessidade de repensar as relações entre Judiciário e política no Brasil contemporâneo. Talvez seja possível argumentar que o poder decisório destas questões deva retornar ao âmbito dos Poderes representativos, já que estes possuem mais legitimidade para a tomada de decisões, e assim possivelmente podem promover uma distribuição de recursos mais igualitária.

Em especial, é necessário reconhecer que a intervenção acentuada do Poder Judiciário tem causado, no mínimo, as seguintes distorções no sistema de saúde brasileiro: as ações judiciais garantem atendimento apenas aos seus autores, afrontando os princípios da universalidade e da equidade, pois frequentemente os tratamentos médicos pleiteados não são assegurados a todos os usuários do SUS; há violação ao princípio da integralidade, na medida em que, quando concedido o medicamento, não há o necessário acompanhamento médico para o seu consumo; ocorre de excesso no gasto de recursos no tocante à distribuição de medicamentos por ordem judicial, pois estes têm de ser entregues nas casas dos demandantes, e ocasionalmente são entregues em duplicidade ou triplicidade (isso ocorre quando o demandante requer o medicamento à União, ao Estado e ao município). Acredita-se que estes problemas seriam mitigados se os Poderes representativos, detentores de maior legitimidade e de visão global do universo dos usuários do Sistema Único de Saúde brasileiro, se encarregassem de exercer a política distributiva nesta seara.

6. Bibliografia citada.

- BALL, Terence (2004). Aonde vai a teoria política? *Revista Sociologia e Política*, n. 023, pp. 09-22.
- BRASIL, Advocacia-Geral da União (2012). *Intervenção Judicial na saúde pública Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf> (acesso em outubro de 2013).
- DWORKIN, Ronald (2005). *A virtude soberana: a teoria e a prática da equidade*. São Paulo, WMF Martins Fontes.
- DWORKIN, Ronald (1997). *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University Press.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino (2009). Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados* [online], vol.52, n.1, pp. 223-251.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta (2007). *Justiça distributiva para formigas e cigarras. Novos estudos*. - CEBRAP [online], n.77, pp. 243-253.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política* (2008). São Paulo, WMF Martins Fontes.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass (1999). *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York, North & Co.
- LOPES, José Reinaldo Lima (2006). *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo, Editora Método.
- NOZICK, Robert (2009). *Anarquia, Estado e Utopia*. Lisboa, Edições 70.
- RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge and London, Harvard University Press.
- SADEK, Maria Teresa (2011). *Poder Judiciário e protagonismo político*. In: IV Seminário Nacional de Ciência Política. Porto Alegre.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded? *Law & Social Inquiry*, Volume 36, Issue 4, 825–853, Fall 2011.
- WANG, Daniel (2009). *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. In: VOJVODIC, Adriana; COUTINHO, Diogo. *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo, Malheiros.