

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO  
REGIONAL

HELOISA SAMI DAOU

**O DIREITO À SAÚDE E A DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS NA  
PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA**

BELÉM – PARÁ  
2018

HELOISA SAMI DAOU

**O DIREITO À SAÚDE E A DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS NA  
PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho.

BELÉM – PARÁ

2018

HELOISA SAMI DAOU

**O DIREITO À SAÚDE E A DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS NA  
PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Linha de pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Belém/PA, 05 de março de 2018.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_ - Orientador

**Prof. José Claudio Monteiro de Brito Filho**

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

\_\_\_\_\_ - Examinadora

**Profa. Juliana Rodrigues Freitas**

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará  
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

\_\_\_\_\_ - Examinador

**Prof. Homero Lamarão Neto**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará  
Faculdade de Belém (FABEL)

Aos que acreditam e lutam por uma sociedade mais justa na distribuição de direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza.

## AGRADECIMENTOS

Agradecer é um ato de gratidão, mas também de justiça. Ao longo deste curso precisei de muitas pessoas, para as quais faço questão de agradecer publicamente, embora nunca consiga retribuir o valioso carinho e a impagável ajuda de cada uma.

À minha família materna, especialmente à minha mãe, Heloisa Helena Silva, meus tios Rosângela, Fernando e Estela (*in memoriam*), minha avó Raimunda e meu inesquecível avô José Rodrigues (*in memoriam*), pela constante presença em todos os momentos da minha vida e por sempre me estimularem a lutar por meus objetivos. Esta conquista também é de vocês.

À minha família paterna, especialmente ao meu pai Sami Amin Daou, minha madrasta Ghada Daou, meus irmãos Wael, Wiam e Rayan e minha cunhada Mira, por todo estímulo e apoio necessários, por sempre acreditarem em mim, além de se alegrarem com as minhas conquistas como fazem com as de vocês mesmos.

À Casa da Juventude comunidade católica CAJU, na pessoa de seu fundador, Cônego Raul Tavares de Sousa e aos meus amigos do grupo de militantes, pela compreensão neste tempo de ausência física e pela partilha de vida ao longo de tantos anos de convivência.

Ao programa de pós-graduação do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, na pessoa do seu coordenador, o professor Dr. Jean Carlos Dias, pelo suporte acadêmico que nunca falta aos seus alunos. Foram dois anos de muitas alegrias! Minha eterna gratidão e admiração ao programa.

A Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pela bolsa de estudos que me foi concedida, contribuição valiosa e incentivo essencial à minha pesquisa.

Com carinho especial agradeço ao meu orientador, o professor Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho. Muitos conhecem a sua fascinante capacidade intelectual e seu brilhantismo profissional, mas é privilégio dos seus orientandos conhecer um ser humano justo, ético, sempre disposto a ajudar e com uma capacidade incrível de acreditar nos seus alunos. Eu posso afirmar que tive um verdadeiro orientador, alguém muito comprometido e responsável em tudo que faz. Portanto, me considero abençoada pela oportunidade de convivência durante esses

dois anos, nos quais pude aprender muito como ser melhor, não só academicamente, mas pessoalmente. Professor, sua importância na conclusão deste curso e do presente trabalho não podem ser mensuradas. Sou sua admiradora confessa e serei eternamente grata por este tempo de orientação e por todo aprendizado que a sua presença me proporciona.

Registro minha gratidão a todos os professores do PPGD do CESUPA, profissionais da mais alta competência, que me transmitiram não só conhecimento, mas fizeram desses dois anos uma experiência fascinante, da qual já sinto saudade. Em especial àqueles com quem convivi em sala de aula e ao Prof. Dr. Jean Carlos Dias e à Profa. Dra. Juliana Rodrigues Freitas, pelas valiosas contribuições na banca da minha qualificação.

Dentre esses profissionais, registro, ainda, minha profunda gratidão à professora Dra. Ana Elizabeth Neyrão Reymão, que se tornou uma verdadeira amiga. Agradeço por seu exemplo de comprometimento com a instituição, com o programa de mestrado e com a evolução acadêmica de cada aluno. Ela sempre esteve disponível quando precisei da professora e da amiga. Tem muito do que aprendi com você na presente pesquisa!

Aos funcionários do CESUPA, que me receberam sempre com um sorriso no rosto, especialmente à Socorro Santos e Lílian Farias, secretárias do PPGD. Socorro foi um anjo, sua ajuda foi primordial no início da caminhada e Lílian foi essencial nos momentos finais. A todos meu carinho e gratidão, pois sempre estiveram dispostos a me ajudar em todas as necessidades acadêmicas.

Aos alunos da turma anterior do mestrado, Ricardo Santos, Felipe Guimarães, Kelly Cuesta, Elaine Barros e José Alves, sou grata por terem me indicado o caminho nas muitas vezes que precisei. A experiência de vocês me ajudou a construir a minha. Em especial, quero agradecer ao aluno e amigo, também da turma anterior à minha, Felipe Prata Mendes, que, tal como o personagem bíblico “Simão Cirineu” fez com Jesus, ele fez comigo, ajudando-me em muitos momentos quando o “fardo” parecia pesado demais. Sem o Felipe o caminho teria sido muito mais difícil.

Agradeço também a todos os meus colegas de turma, por todos os momentos de troca de conhecimento. Partilhamos muitos momentos de dedicação e muito esforço, mas também recorro de tantos outros momentos de descontração, partilha

de vida e amizade. Desejo que o encerramento do mestrado não represente o nosso afastamento.

À Karla Azevedo Cebolão, amiga companheira de todas as horas. Estamos juntas desde o início da graduação, dividimos as alegrias e as dificuldades dos primeiros anos da vida profissional e agora, juntas, dividiremos a alegria de concluir o mestrado. Obrigada por todos os dias de amizade. Desejo muito sucesso à você e quero aplaudir cada uma das suas conquistas.

À amiga Karla Eliza Barros Kataoka, amizade que o mestrado me deu de presente. Obrigada por sua calma, exemplo de determinação e garra, você é uma mulher admirável! Sou grata, também, pela vida da princesa Bettina.

Ao meu chefe e amigo Geraldo Neves Leite, o qual tive a honra e a alegria de conhecer no curso. Sua amizade e confiança são presentes preciosos que o mestrado me deu. Gratidão eterna pela oportunidade profissional que você me concedeu, mais ainda pelo exemplo de servidor público comprometido, honesto, justo e humano; pelo exemplo de pai amoroso e marido companheiro e, ainda, pelo exemplo de aluno espetacular. Gratidão pela sua amizade, da sua esposa Gisele Mendes Camarço Leite e de toda sua família, a qual muito admiro.

À amiga Carolina Bastos Lima Paes, por sua fiel amizade em todos os momentos ao longo destes dois anos. Registro minha mais profunda admiração à pessoa maravilhosa e profissional competente que você é. Sua pesquisa foi inspiração para a minha. Não posso comemorar esta vitória sem você!

À Dra. Deíla Barbosa Maia, médica e Procuradora de contas do Estado do Pará e à farmacêutica da SESPA Orniuse Bezerra, duas pessoas que nem me conheciam e foram solícitas ao meu pedido de ajuda, agradeço pelas valiosas ideias que me foram dadas e pela simpatia com que me receberam.

A todos os meus amigos, por compartilharem comigo todos os momentos da minha vida, e por se alegrarem com as minhas vitórias.

Por fim, àquele que é início e fim de tudo na minha vida: Deus. A Ele, por tudo que tenho e sou, pela fortaleza necessária para o enfrentamento de todas as dificuldades da vida e pela coragem para lutar por meus objetivos. Gratidão pela oportunidade de ter estudo quando muitos não o tem. Sou grata, ainda, por Ele ter colocado em meu caminho todas as pessoas citadas aqui e que foram essenciais para esta conquista.

Obrigada!

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar”  
(Fernando Birri).

“Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar” (J. Rawls).

## RESUMO

A presente pesquisa propõe analisar o Direito à saúde e a distribuição de medicamentos na perspectiva da justiça distributiva, a fim de responder o questionamento de se a atuação do Estado na garantia do direito à saúde e distribuição de medicamentos pode ser considerada justa. O direito à saúde está inserido no rol de direitos sociais fundamentais na CRFB/88. A Constituição reconhece-o como direito de todos e dever do Estado, dando destaque às 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. É nesse sentido que deve existir o Sistema Único de Saúde (SUS): como a política pública escolhida pelo constituinte para garantia de saúde aos indivíduos e, dentre suas ações, está a Política Nacional de Medicamentos (PNM) e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), políticas de distribuição de medicamentos. Diante disso, o objetivo geral da pesquisa foi analisar a distribuição de medicamentos que é feita pelo SUS a partir da perspectiva da justiça distributiva. A pesquisa está dividida em quatro capítulos. Inicialmente, explorou-se conceitos gerais relacionados aos direitos sociais, destacando-se o aspecto de fundamentalidade desses direitos. Depois, analisou-se o atributo de dignidade da pessoa humana, apresentado como fundamento único de garantia dos direitos fundamentais, a partir da concepção Kantiana. Por fim, a pesquisa voltou-se aos direitos fundamentais a partir da CRFB/88. No segundo capítulo foi feito aprofundamento no estudo da forma de garantia do direito à saúde, momento em que foi dada ênfase à compreensão do SUS enquanto política pública voltada à garantia do direito à saúde, a PNM e PNAF, por meio das quais o indivíduo tem acesso aos medicamentos considerados essenciais. Em seguida, no capítulo terceiro, foram expostas algumas das concepções restritivas de direitos sociais e, assim, da plena garantia do direito à saúde, de modo a rechaçar tais argumentos. No quarto e último capítulo foram apresentadas as concepções teóricas que melhor sustentam os argumentos aqui defendidos. A política pública de distribuição de medicamentos foi analisada a partir do ideal de justiça distributiva perseguido pelo liberalismo igualitário de John Rawls, com a possibilidade de complementação na teoria da igualdade de capacidades, de Amartya Sen. Essas teorias, juntas, oferecem um sustentáculo teórico suficiente para a defesa de que é dever do Estado conceder o acesso de medicamentos essenciais a todas as pessoas a partir das suas próprias necessidades individuais, garantindo, assim, a realização plena do direito à saúde. A pesquisa utilizou como metodologia, principalmente, o levantamento bibliográfico, sendo o estudo eminentemente teórico.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Política pública. Distribuição de medicamentos. Justiça distributiva. Liberalismo igualitário.

## ABSTRACT

The present study proposes an analyze about the Right to health and the distribution of medicines in the perspective of distributive justice, in order to answer the questioning of whether the State's action in guaranteeing the right to health and distribution of medicines can be considered fair. The right to health is included in the list of fundamental social rights in CRFB / 88. The Constitution recognizes it as the right of everyone and the duty of the State, emphasizing social and economic policies aimed at reducing the risk of disease and other diseases and universal and equal access to actions and services for their promotion, protection and recovery. It is in this sense that there must exist the Unified Health System (SUS): as the public policy chosen by the constituent to guarantee health to individuals and, among its actions, is the National Medicines Policy (PNM) and the National Policy of Pharmaceutical Assistance (PNAF), drug distribution policies. Therefore, the general objective of the research was to analyze the distribution of medicines that is made by SUS from the perspective of distributive justice. The research is divided into four chapters. Initially, we explored general concepts related to social rights, highlighting the fundamental aspect of these rights. Afterwards, the attribute of dignity of the human person, presented as the sole foundation for guaranteeing fundamental rights, was analyzed from the Kantian conception. Finally, the research turned to fundamental rights from CRFB / 88. In the second chapter, the study of the way to guarantee the right to health was emphasized, at which point the emphasis was placed on the understanding of the SUS as a public policy aimed at guaranteeing the right to health, PNM and PNAF, through which the individual has medicines. Then, in the third chapter, some of the restrictive conceptions of social rights were presented, and thus the full guarantee of the right to health, in order to reject such arguments. In the fourth and last chapter were presented the theoretical conceptions that best lend themselves to support the arguments defended here. The public policy of drug distribution was analyzed from the ideal of distributive justice pursued by John Rawls's egalitarian liberalism, with the possibility of complementation in Amartya Sen's theory of equality of abilities. These theories together offer a sufficient theoretical underpinnings to the defense that it is the duty of the State to grant the access to essential medicines for all people from their own individual needs, thereby ensuring the full realization of the right to health. The research used as methodology, mainly, the bibliographical survey, being the study eminently theoretical.

**Keywords:** Right to health. Public policies. Distribution of medicines. Distributive justice. Egalitarian liberalism.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

**ANVISA** – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

**CAP** – Caixa de Aposentadorias e Pensões

**CEME** – Central de Medicamentos

**CNJ** – Conselho Nacional de Justiça

**CONITEC** - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

**COMARE** – Comissão técnica multidisciplinar de atualização da Relação Nacional de Medicamentos

**CRFB/88** – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

**FTN** – Formulário terapêutico nacional

**OMS** – Organização Mundial da Saúde

**PCDT** – Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

**PNAF** – Política Nacional de Assistência Farmacêutica

**PNM** – Política Nacional de Medicamentos

**RENAME** – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

**STA** – Suspensão de Tutela Antecipada

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**SUS** – Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
<b>1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b> .....	<b>19</b>
1.1 NOÇÕES CONCEITUAIS GERAIS RELACIONADAS AOS DIREITOS SOCIAIS .....	19
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO ÚNICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	28
1.3 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS .....	37
1.4 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 .....	48
<b>2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO À SAÚDE</b> .....	<b>56</b>
2.1 CONCEITO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	56
<b>2.1.1 O ciclo das políticas públicas</b> .....	<b>60</b>
2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE: O SUS .....	63
2.3 A DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS .....	72
<b>3 CONCEPÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS</b> .....	<b>83</b>
3.1 A TITULARIDADE DO DIREITO À SAÚDE .....	83
3.2 OS CUSTOS DO DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL ....	87
3.3 O UTILITARISMO NO CENÁRIO DA POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS .....	100
<b>4 O LIBERALISMO IGUALITÁRIO</b> .....	<b>109</b>
4.1 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS .....	110
4.2 A IGUALDADE DE CAPACIDADES DE AMARTYA SEN .....	123
4.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À SAÚDE .....	129

<b>CONCLUSÃO: O FUNDAMENTO TEÓRICO ADEQUADO PARA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE E DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS .....</b>	<b>139</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>149</b>

## INTRODUÇÃO

Filas enormes de pacientes nos serviços de saúde, falta de leitos nos hospitais, escassez de recursos materiais e humanos para manter bons serviços de saúde, falta de medicamentos essenciais, dentre outros. Esses fatos, habitualmente noticiados pela mídia<sup>1</sup>, além de indicarem a ineficácia na garantia do direito à saúde no Brasil, são capazes de causar os mais variados sentimentos nos integrantes da sociedade e levantam opiniões divergentes, relacionadas à justiça ou à injustiça daquilo que se vê, impondo, assim, uma análise da garantia dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, a partir de parâmetros de justiça distributiva.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem como tema o Direito à saúde e a distribuição de medicamentos na perspectiva da justiça distributiva, e está voltada ao modo de atuação do Estado por meio das políticas públicas para a garantia do direito à saúde.

A questão que se impõe é: a atuação do Estado na garantia do direito à saúde e distribuição de medicamentos pode ser considerada justa?

Nesse sentido, o preâmbulo da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88) institui no Brasil o Estado Democrático de Direito, que se destina a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” (BRASIL, 1988).

Já nas primeiras linhas do texto constitucional fica evidente que, desde 1988, a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica brasileira, princípio-matriz de toda atuação estatal, elencada como fundamento do Estado brasileiro<sup>2</sup>, razão pela qual se pode afirmar que o homem é o elemento central de

---

<sup>1</sup> Veja-se, por exemplo, as seguintes matérias recentes veiculadas na internet:

<https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/pacientes-com-hiv-denunciam-falta-de-medicamento-na-rede-publica-do-df.ghtml>;

<http://saude.ig.com.br/2017-08-05/sus-saude-publica.html>;

<http://socgastro.org.br/novo/2017/07/conselhos-de-medicina-apontam-situacao-precaria-da-saude-publica/>;

<https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/falta-de-leitos-de-uti-expoe-problemas-de-estrutura-e-atendimento-da-saude-na-regiao-de-campinas.ghtml>

<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/hospitais-universitarios-deixam-de-atender-60-mil-pacientes-em-sp-devido-a-falta-de-verba.ghtml>

<sup>2</sup>Art. 1º da CRFB/88 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana; (...).

todo agir do Estado, ou seja, este somente existe para servir à pessoa humana em todas as suas necessidades.

Essa ideia se materializa mais à frente, quando a CRFB/88 traz um catálogo de direitos sociais (art. 6º), inseridos no rol dos direitos fundamentais (art. 5º a 17). A formação desse catálogo é fruto da luta de grupos sociais que almejam, em cada momento da história da sociedade, o reconhecimento e a garantia de suas necessidades fundamentais. Assim, o Brasil, além de ser um Estado Democrático no que diz respeito ao Poder Político, é um Estado Social no que diz respeito à atuação estatal.

Quando o constituinte eleva o ser humano à condição de elemento central, impõe igualmente ao Estado o dever de garantir a mais variada gama de direitos e liberdades, com vistas ao bem-estar da pessoa. Desse modo, o fundamento da dignidade da humana concede unidade de sentido à realização dos direitos sociais fundamentais.

A dignidade, na concepção Kantiana, delineada na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos* (2011), é o traço distintivo entre os seres humanos e as demais coisas, pois para Kant tudo tem um preço ou tem uma dignidade. O atributo de dignidade impõe que o homem seja considerado como um fim em si mesmo e nunca como meio para a realização de qualquer outra finalidade. A dignidade, dessa feita, exige a realização prática de direitos fundamentais, conjunto capaz de assegurar aos indivíduos as condições materiais de liberdade.

Os direitos fundamentais sociais, nesse diapasão, são uma garantia de vida boa destinada a todas as pessoas, por isso estão incluídos na CRFB/88, no Capítulo II, que versa sobre a ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social, no art. 6º<sup>3</sup>. Ao reconhecer a estes direitos uma dimensão fundamental, o Estado obrigou-se a prestações positivas que os garantam a todos, na integralidade.

O direito à saúde está inserido nesse rol de direitos sociais fundamentais e, a partir do art. 196<sup>4</sup>, o constituinte reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, dando destaque às políticas sociais e econômicas que visem à redução do

---

<sup>3</sup> Art. 6º da CRFB/88 - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

<sup>4</sup> Art. 196 da CRFB/88 - 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.

risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. É nesse sentido que deve existir o Sistema Único de Saúde (SUS), como a política pública escolhida pelo constituinte para garantia de saúde aos indivíduos e, dentre suas ações, está a Política Nacional de Medicamentos (PNM) e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), políticas de distribuição de medicamentos.

Diante disso, o objetivo geral da pesquisa é analisar a distribuição de medicamentos que é feita pelo SUS a partir da perspectiva da justiça distributiva. Para tanto, partir-se-á de objetivos específicos no sentido de conhecer todos os aspectos que envolvem o direito à saúde, a política pública de distribuição de medicamentos, compreender as características do direito que ela visa proteger e garantir, as concepções restritivas dessa garantia e do próprio direito, e, por fim o objetivo centra-se no questionamento se há um ideal de sociedade justa que justifique e sirva de parâmetro para a análise da atuação do Estado na elaboração da política de distribuição de medicamentos e qual é este ideal, o que será feito com base em concepções de justiça fornecidas pela teoria política.

A pesquisa mostra-se relevante, pois não obstante ao mandamento constitucional, o que se observa é que a efetivação do direito à saúde e o acesso dos indivíduos aos medicamentos dos quais necessitam ainda encontra óbice, não só pela ineficácia do Estado na realização de políticas públicas, mas também em razão de ainda existir resistência por parte da doutrina à plena e incondicional realização desse direito, a partir da força de algumas teorias e argumentos que reduzem a fundamentalidade dos direitos sociais e os negam o caráter de direitos subjetivos de índole individual.

Depois, importante destacar que as inúmeras decisões judiciais relacionadas ao direito à saúde evidenciam que resta superado o argumento de que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais teriam eficácia limitada e, por estabelecerem programas de Governo, ficariam dependentes de regulamentação infraconstitucional. Embora superado esse tipo de argumentação, ainda ecoam argumentos de cunho econômico, os quais, frequentemente, são utilizados como justificativa impeditiva à ampla garantia dos direitos sociais, sob alegação de que esses direitos custam mais do que o Estado pode dispor, diferentemente dos direitos individuais. Assim, haveria uma desproporcional relação entre os recursos finitos e as necessidades humanas infinitas.

Pelo que se observa, as respostas dadas pelo Direito aos argumentos restritivos da ampla implementação de direitos sociais, por vezes, trazem, em maior ou menor grau, argumentos limitadores, sejam aqueles que restringem a fundamentalidade dos direitos sociais, sejam aqueles que sustentam a escassez de recursos materiais disponíveis, sob a roupagem da reserva do possível.

Discutir estas questões é, portanto, de extrema relevância em um País cada dia mais desigual e o Direito nem sempre oferece a melhor resposta para a problemática da justiça distributiva que aqui se propõe enfrentar. Por isso, além de se buscar fundamento na doutrina jurídica, buscar-se-á embasamento na Filosofia Política, especialmente na corrente teórica do liberalismo igualitário.

A pesquisa está dividida em quatro capítulos. Inicialmente, a intenção é explorar conceitos gerais relacionados aos direitos sociais, de modo a situar o leitor no contexto de fortalecimento desses direitos, serão esclarecidos alguns pontos sobre a denominação, definição e características dos direitos humanos, destacando-se, no debate, o aspecto de fundamentalidade dos direitos sociais. Depois, será analisado o atributo de dignidade da pessoa humana, apresentado como fundamento único de garantia dos direitos fundamentais, a partir da concepção Kantiana. Por fim, depois de delimitadas as diferenças entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, tratar-se-á destes últimos a partir da CRFB/88.

No segundo capítulo buscar-se-á aprofundamento na análise do direito fundamental social à saúde, a partir da normatividade constitucional de 1988, bem como a sua forma de garantia, momento em que será dada ênfase à compreensão do SUS enquanto política pública voltada à garantia do direito à saúde, a PNM e PNAF, por meio das quais o indivíduo tem acesso aos medicamentos considerados essenciais.

Em seguida, no capítulo terceiro, serão expostas algumas das concepções restritivas de direitos sociais e, assim, da plena garantia do direito à saúde. Tais teorias e argumentos serão confrontados com as características de fundamentalidade e subjetividade do direito à saúde. Também neste momento da pesquisa, serão apresentados os argumentos restritivos de cunho econômico, aqueles relacionados aos custos dos direitos sociais, da reserva do possível e prevalência de leis orçamentárias, de modo a rechaçar cada um deles. Finalmente, demonstrar-se-á que teorias utilitaristas, voltadas para a maximização do bem-estar

da coletividade, estão por trás das políticas públicas de distribuição de medicamentos.

No quarto e último capítulo serão apresentadas as concepções teóricas que melhor sustentam os argumentos aqui defendidos. A política pública de distribuição de medicamentos e, assim, a garantia do direito à saúde, será analisada a partir do ideal de justiça distributiva da corrente do liberalismo igualitário de John Rawls, com a possibilidade de complementação na teoria da igualdade de capacidades, de Amartya Sen. Essas teorias, juntas, oferecem um sustentáculo teórico suficiente para a defesa de que é dever do Estado conceder o acesso de medicamentos essenciais a todas as pessoas a partir das suas próprias necessidades individuais, garantindo, assim, a realização plena do direito à saúde.

Considerando a forma de abordagem do problema proposto, na presente pesquisa, a metodologia utilizada foi o levantamento bibliográfico. Portanto, o estudo é eminentemente teórico, realizado a partir do material literário, doutrinário e jurisprudencial, jurídico e filosófico, disponível em livros, periódicos e jurisprudências.

A pesquisa foi desenvolvida com vistas à compreensão da saúde como direito fundamental social nos seus mais variados aspectos, da distribuição de medicamentos como essencial para garantia de dignidade na concepção Kantiana, assim como buscou-se analisar as políticas públicas aplicadas ao SUS a partir da definição de justiça distributiva, especialmente com base na justiça como equidade de John Rawls, com complementação na teoria de Amartya Sen.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais fazem parte de um conjunto de direitos inseridos na CRFB/88 no rol dos direitos fundamentais, assim como são classificados tradicionalmente como integrantes da segunda dimensão dos direitos humanos, também chamados de direitos de igualdade (BARRETO, 2013). Dentre os direitos sociais está o direito à saúde, objeto do presente estudo.

Desse modo, a compreensão dos aspectos característicos, doutrinários e legais dos direitos sociais e, por via de consequências, do direito à saúde, é essencial para o alcance dos objetivos aqui propostos.

Assim, o presente capítulo tem o objetivo de apresentar os direitos sociais, suas características gerais, conceitos básicos que envolvem a temática e o tratamento dado a esses direitos no ordenamento Jurídico brasileiro. Ademais, pretende-se tratar do aspecto de fundamentalidade dos direitos sociais e da concepção de dignidade da pessoa humana como fundamento único para garantia desses direitos.

Inicialmente, a intenção é explorar conceitos gerais relacionados aos direitos sociais, de modo a situar o leitor no contexto de fortalecimento desses direitos, serão esclarecidos alguns pontos sobre a denominação, definição e características dos direitos humanos, destacando-se, no debate, o aspecto de fundamentalidade dos direitos sociais. Depois, será analisado o atributo de dignidade da pessoa humana, apresentado como fundamento único de garantia dos direitos fundamentais, a partir da concepção Kantiana. Por fim, depois de delimitadas as diferenças entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, tratar-se-á destes últimos a partir da CRFB/88.

### 1.1 NOÇÕES CONCEITUAIS GERAIS RELACIONADAS AOS DIREITOS SOCIAIS

Alguns doutrinadores utilizam a expressão “direitos humanos” como sinônimo de “direitos fundamentais”; havendo, ainda, quem utilize a expressão “direitos humanos fundamentais”, como uma somatória de conceitos.

Oliveira (2000, p. 2), logo nas primeiras páginas da sua obra, afirma:

Em toda sociedade, há direitos, que não se podem recusar a ninguém e cujo respeito se impõe a todos em geral e a cada um em particular. São os direitos essenciais, porque decorrem da própria essência do ser humano e são fundamentais porque estão nos fundamentos da própria ordem social e lhe abrangem todas as manifestações. São os que hoje denominamos direitos humanos fundamentais, ou simplesmente direitos humanos.

O autor, no conceito acima, evidencia a possibilidade de utilização de várias expressões para denominar direitos humanos, e já aponta sua preferência pela expressão “direitos humanos fundamentais”, o que fica evidente mais a frente quando, ao tratar especificamente sobre a significação de cada uma dessas expressões, ressalta que parece ser a melhor, sob alegação de que a expressão: “direitos humanos”, “ganhou a preferência dos escritores brasileiros e corresponde à que, adotada pelas Nações Unidas, se generalizou (...)” (OLIVEIRA, 2000, p. 54), ao passo que a qualificação de fundamentais denota que “se trata de direitos que são realmente fundamentais, essenciais, para a vida humana em sociedade, estão ligados à própria essência do ser humano (...)” (OLIVEIRA, 2000, p.54)”.

Sarlet (2015, p. 27), por outro lado, enfatiza que a doutrina tem alertado para a necessidade de se encontrar um critério unificador, diante de tamanha heterogeneidade, ambiguidade e ausência de consenso, inclusive quando se trata de conceito e terminologia. Para o autor, é necessário que se tenha bem clara a distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, em que pese não haver dúvidas de que os direitos fundamentais, de algum modo, são também direitos humanos no sentido de que o titular é o ser humano. Assim, “não é nesta circunstância que encontraremos argumentos idôneos a justificar a distinção” (SARLET, 2015, p. 29).

Nesse sentido, o autor evidencia que, a seu ver, a diferença entre as duas expressões se revela nos seguintes termos:

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera

do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revela, um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2015, p. 29).

Assim, resta evidente que há diferenças entre as duas expressões. De fato. Contudo, elas não se prestam a tornar “direitos humanos” e “direitos fundamentais” incompatíveis ou excludentes. Trata-se de uma distinção necessária para compreensão da esfera de positivação, o que, por certo, tem uma consequência prática, pois os direitos fundamentais se classificam a partir do texto constitucional de cada País, enquanto que o conceito de direitos humanos é mais amplo.

Brito Filho (2015, p. 24) sintetiza apontando da forma mais adequada:

Adoto a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais com a seguinte observação: direitos fundamentais devem ser considerados como os reconhecidos pelo Estado, na ordem interna, como os necessários à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, embora o conceito de Direitos Humanos seja universal e possa, sem grandes problemas, ser relacionado ao conceito de direitos fundamentais, é preciso ficar claro que a noção de direitos humanos está relacionada ao conjunto de direitos essenciais para garantia de dignidade em qualquer lugar do mundo, ao passo que os direitos fundamentais devem ser considerados como aqueles reconhecidos na ordem interna do Estado, ou seja, nem sempre ambos serão coincidentes.

Por isso, a partir dos próximos tópicos, tratar-se-á do direito à saúde como direito fundamental, sem nunca esquecer seu caráter de direito humano, mas, analisando-o com base na ordem jurídica nacional a partir da CRFB/88.

Outro ponto importante a ser esclarecido, desde logo, diz respeito à clássica divisão entre gerações ou dimensões dos direitos humanos<sup>5</sup>, destacando-se que,

---

<sup>5</sup> Segundo Bastos (2011, p. 191) “Foi Karel Vasak, em 1977, quem elaborou a teoria da tríplice geração dos Direitos Humanos, fazendo alusão ao lema que ficou notabilizado com a Revolução Francesa: *liberte, égalité e fraternité*”. Para saber mais sobre o assunto Ver: BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. **Revista dos Tribunais**, ano 100, vol. 908, jun.2011.

ainda que estas expressões estejam habitualmente vinculadas à expressão direitos humanos, elas se aplicam de igual forma aos direitos fundamentais de cunho constitucional. Nesse sentido, a doutrina reconhece, majoritariamente, três dimensões ou gerações que têm por referência ideais diferentes, sendo eles: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Brito Filho (2015, p. 35) propõe que a classificação entre dimensões ou gerações dos direitos humanos seja feita com base no interesse, e o faz nos seguintes termos:

Pode-se dizer que: a primeira dimensão relaciona-se aos direitos individuais; a segunda relaciona-se aos interesses da coletividade e dos grupos, aos direitos coletivos em sentido estrito, a partir da divisão dos interesses coletivos proposta pelo art. 81, parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990, o Código de defesa do Consumidor; e a terceira dimensão refere-se aos interesses difusos (por exemplo, o meio ambiente como patrimônio comum da humanidade) e, às vezes, aos interesses públicos primários (por exemplo, o direito ao desenvolvimento ou o direito à autodeterminação dos povos).

Contudo, o próprio autor deixa claro, na sequência, que sua proposta preserva a mesma divisão da classificação tradicional dos direitos humanos, ou seja, baseia-se nos mesmos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A proposta apenas traz um novo elemento de sustentação à divisão, isso porque a doutrina clássica a sustenta somente na história e, por sua vez, a classificação com base no interesse evidencia um fenômeno que, nas palavras do autor, é jurídico, embora não só (BRITO FILHO, 2015).

Qualquer que seja a classificação utilizada, é preciso ter bem claro que esta divisão não significa uma hierarquia entre as dimensões, ao contrário, a existência de uma dimensão reforça a da outra; “as gerações posteriores referem-se, então, a novos direitos de grupos excluídos da proteção das gerações passadas” (BASTOS, 2011, p. 181). Logo, os direitos humanos estão todos interligados e a existência de todos está diretamente relacionada à garantia de dignidade do ser humano. Portanto, os direitos humanos possuem um fundamento único que se encontra na dignidade da pessoa humana.

Em resumo, “os Direitos Humanos são um conjunto de direitos básicos, mínimos, indispensáveis, de todos os seres humanos” (BRITO FILHO, 2015, p. 20), todos eles “constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os

diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si” (BRITO FILHO, 2015, p. 36), embora em uma perspectiva histórica sejam divididos em dimensões.

Ainda no que tange às expressões “dimensão” ou “geração”, destaca-se como correta a linha defendida por Brito Filho (2015) e Sarlet (2015), no sentido de ser “dimensões” a que melhor retrata o sentido dessa divisão, isso porque os direitos humanos não sofrem mudanças de geração em geração como pode parecer a partir da expressão, mas sim, o contexto histórico e a necessidade da humanidade fez com que fossem reconhecidas dimensões diferenciadas aos direitos humanos. Portanto, há um processo de soma, de cumulatividade e interligação.

Ademais, o que acontece é, como destaca Sarlet (2015), que há um reconhecimento progressivo de novos direitos, pois, desde o reconhecimento das primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por transformações relacionadas ao conteúdo, no que diz respeito à sua titularidade, eficácia e efetivação. Desse modo, é habitual, nesse contexto:

[...] marcado por uma autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações (SARLET, 2015, p.45).

Historicamente, no final do século XIX, o mercado possuía importante relevância, pois por meio dele se dava o processo vital de compra e venda, apropriação, circulação e acumulação de bens indispensáveis à vida. Assim, a ideia dominante era a de que a acumulação e distribuição mais justa de riquezas poderia ser alcançada pela simples liberdade de mercado, sem intervenção do Estado, lógica insculpida na doutrina do *Laissez-Faire* e na máxima: “*Deixai fazer, deixai passar, não é demais para governar*”<sup>6</sup>, que permitia a cada um se apropriar do fruto do seu trabalho.

Nesse sentido, reforça Bastos (2007, p. 30):

Assim, a acumulação e distribuição mais justa e rápida de riqueza poderia ser obtida pelo simples processo de deixar as pessoas agirem por si...sem restrições da parte do Estado ou da opinião

---

<sup>6</sup> No original: *laissez faire, laissez passer, n'est pas trop de gouverner*.

pública, enquanto se absterem da violência e da fraude. Esta é a habitualmente conhecida como doutrina do *laissez-faire*.

Nesse contexto, prevalecia ideia de que valia a pena proteger os direitos individuais, tidos como meios de proteção contra do Estado e ainda, de que seria “impensável qualquer função do Estado de cunho paternalista que pudesse colocar em risco este equilíbrio natural das forças” (BASTOS, 2007, p. 32).

Diante disso, a linguagem do Direito incorpora os valores da época e legitima o discurso por meio dos direitos humanos de primeira geração, ou também chamados de direitos civis e políticos, direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, que se baseiam “numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista” (LAFER, 2001, p. 127), sendo eles: a vida, a igualdade perante a lei, a propriedade, a segurança e a liberdade. Esses direitos eram considerados unilaterais, ou seja, diziam respeito ao homem isoladamente; o fato de viver este homem em uma comunidade política não era relevante até então.

Igualdade perante a lei significava uma igualdade apenas formal, não havia, pois, a preocupação nem a intenção de uma interferência estatal para garantia de igualdade material com a redução das externalidades ou eventuais desigualdades fáticas. Por sua vez, a propriedade era a senha de acesso aos direitos políticos, era sagrada, pois concedia autonomia ao indivíduo, por meio dela se tinha acesso ao voto, censitário, ou seja, dele estavam excluídas diversas classes sociais, como, por exemplo, as mulheres e os negros<sup>7</sup>.

Por fim, a liberdade possuía significado diferente do que atualmente é prevalente, pois estava relacionada à liberdade de participar dos destinos políticos da *pólis*, quer dizer: a possibilidade de votar e ser votado. Sentido diferente do que foi utilizado pelos revolucionários, que precisavam de um conceito mais amplo do que simplesmente participar nos direitos políticos, uma vez que esta participação era restrita a poucos. Assim, a liberdade buscada pelos revolucionários dizia respeito ao espaço livre de intervenção estatal, ou, em outras palavras, ao campo da autonomia da vontade.

Nesse sentido, as instituições do século XVIII e XIX foram criadas e projetadas para alcançar e proteger os ideais de certeza e segurança, bem assim as

---

<sup>7</sup> Daí a existência de autores, tal como Gregório Robles e outros que sustentam que o homem-proprietário se transformou no “conceito antropológico básico da filosofia política do liberalismo”.

Constituições que surgiram nesse período buscavam assegurar que a intervenção do Estado fosse, nas palavras de Bastos (2007, p. 32) “cirúrgica e pontual”. Ou seja, “as primeiras Constituições que surgiram justamente neste período refletiram, integralmente, o ideal do capitalismo liberal, valorizando o livre-mercado e a propriedade privada” (BASTOS, 2007, p. 33).

Contudo, a vivência em sua máxima desses ideais, acabou gerando contradições, considerando que nem todas as pessoas estavam protegidas de igual forma. A estrutura de grande valorização da propriedade privada, a exploração da classe operária, a ausência de intervenção estatal em prestações positivas, o aumento da pobreza e da desigualdade social, a ausência de igualdade de oportunidades sociais e políticas, dentre outros fatores, somados à luta dos movimentos sociais já por demais contidos, resultaram na necessidade de aprimorar o sistema então vigente.

Sobre os movimentos que surgiram à época<sup>8</sup>, esclarece Bastos (2007, p. 34):

Tornava-se impossível conter os já por demais contidos movimentos de socialização do capital. Surgem os movimentos operários visando, sobretudo, à superação do sistema capitalista. Porém, como uma espécie de contra-reforma, surgem os movimentos, muitos deles também de origem operária, visando a chamada socialização do capitalismo, pretendendo, ao instaurar uma ordem capitalista social, ao instaurar um Estado Social, preservar a ordem capitalista.

Desse modo, pode-se afirmar que os direitos sociais são resultado dos movimentos populares que pretenderam melhorar o sistema até então vigente, com o aumento do número de pessoas que passaram a ser protegidas, tanto por uma atuação estatal, quanto pelo gozo de direitos públicos; são voltados a propiciar um “direito de participar do bem-estar social” (LAFER, 2001, p. 47). Essa foi a tendência durante o século XX. Brito Filho (2015, p. 30) chama este momento de “para além do direito individual”, e esclarece que denomina dessa forma porque “(...) nele, o que estava em jogo não era mais o puro e simples interesse individual, mas direitos reclamados pelas coletividades e pelos grupos”.

---

<sup>8</sup> Nesse contexto, ganham destaque movimentos como a Publicação do Manifesto comunista de Karl Marx e Friedrich Engels de 1848, a Comuna de Paris de 1871, e a publicação da Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, de 1891, primeiros passos da Doutrina Social da Igreja Católica, além dos movimentos operários visando, sobretudo, a superação do sistema capitalista e outros movimentos, muitos também de origem operária, que pretenderam a socialização do capitalismo.

A positivação de normas definidoras de direitos sociais deu-se, inicialmente, nas Constituições Mexicana de 1917 e da Alemanha, de 1919, iniciando-se, assim, a consolidação do modelo do *Welfare State* para o ocidente (BASTOS, 2007).

Torna-se evidente a mudança do papel do Estado. Antes se pretendia proteção contra o Estado e os direitos de primeira geração eram instrumentos para isso, agora a pretensão era utilizar o Estado no papel de protetor. Assim, os direitos sociais ou de segunda geração serão utilizados justamente para assegurar atuação planejada do Estado. É o que segue esclarecendo Bastos (2007, p. 37):

O Estado Social, assim, deixa de ser apenas o mero *government by law* e pretende se transformar no complexo *government by policies*, na medida em que pretende preocupar-se com certos fins a serem alcançados, metas sociais e não apenas econômicas. O papel que se propõe é superar suas funções tradicionais de 'proteção' e 'repressão', legislando para o futuro e adotando uma nova técnica de controle social: a promocional.

Os novos direitos que surgem se tornam tão importantes que fazem com que o Estado Democrático de Direito se transforme em Estado Democrático Social de Direitos. O rótulo de Estado Social faz referência à postura ativa adquirida pelo Estado, como aquele responsável em planejar e executar políticas públicas e metas a serem alcançadas pelas instituições.

“A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor” (BARCELLOS, 2011, p.136), ou seja, a dinâmica do livre mercado, dentre outros fatores, fazia crescer as desigualdades sociais, surgindo a necessidade da afirmação de outros direitos básicos, aqueles de cunho econômico e social, em outras palavras, os direitos de segunda geração. Isso porque não bastava que todos fossem livres apenas formalmente, se na realidade, não o eram, pois não possuíam condições de liberdade material. Surgem, então, os direitos sociais, também vinculados à ideia de igualdade material, considerada como condição essencial para o exercício pleno de outros direitos.

Essa ideia também valoriza a Constituição, uma vez que os valores nos quais o Estado seria constituído partiam do texto constitucional e refletiam para toda sociedade a partir dele. Nesse sentido, é também característica dessa nova forma de Estado incluir no campo jurídico lutas que eram, até então, apenas sociais. Logo,

o Estado, que agora passou a ser social, necessitava de uma Constituição que refletisse valores sociais tão almejados. Assim, a Constituição passa a ser chamada de Social ou Econômica, e o direito, portanto, buscará ingerência na economia.

Se os direitos de primeira geração reforçam a autonomia do indivíduo, os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, também chamados de segunda geração são aqueles que proporcionam as condições de gozo dessa autonomia, sendo eles os direitos relacionados ao trabalho, educação, lazer, saúde, assistência social, greve, dentre outros, todos ligados a reivindicações de justiça social.

Os direitos sociais também foram descritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o que corrobora a efetivação do Estado Democrático de Direito. Desse modo, o Estado do bem-estar social surge após a primeira guerra mundial e se consolida após a segunda grande guerra. Além disso, esses direitos também foram disciplinados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, apresentando um rol extenso de direitos, documento que foi promulgado no Brasil pelo Decreto número 591 de julho de 1992.

Os direitos sociais, assim como os direitos de primeira geração, possuem conteúdo diretamente ligado Princípio da dignidade da pessoa humana, impõem diretrizes, deveres e metas a serem realizadas pelo Estado, com objetivo de que todos os cidadãos possuam condições de vida digna, pressuposto de gozo da própria liberdade. Logo, esses direitos, para além de sua própria autonomia, apresentam-se como facilitadores ou efetivadores das condições fáticas necessárias para o efetivo gozo de outros direitos, mostrando-se como verdadeiras normas jurídicas dotadas de imperatividade, imprescindíveis ao Estado Democrático e Social de Direito.

Os direitos sociais concretizam o dever do Estado de melhorar e controlar as desigualdades sociais, são direitos concedidos aos indivíduos por meio de políticas públicas e, regra geral, exigem uma atitude positiva do Estado com prestações materiais destinadas a garantir educação, trabalho decente, saúde, lazer, habitação entre outros aspectos que pudessem contemplar da melhor forma ou da forma digna.

Apresentadas as noções conceituais introdutórias, é possível avançar delimitando o estudo, com vistas a tratar do direito fundamental à saúde, agora na sistemática da CRFB/88, mas antes deve ficar claro que todo direito humano e/ou

fundamental possui um fundamento único de justificação, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

## 1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO ÚNICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica implementada no Brasil com a CRFB/88 a guiar toda atuação do Estado, razão pela qual se pode afirmar: “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal” (SARLET, 2012, p. 80).

Assim, ao elevar o homem à condição de elemento central, o constituinte impõe ao Estado o dever de garantir a mais variada gama de direitos e liberdades, tudo com vistas ao bem-estar do ser humano. Dias (2007, p. 116) afirma que “A dignidade da pessoa humana impõe-se como uma base estrutural sobre a qual os sistemas jurídicos modernos são construídos”.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é o fundamento dos direitos sociais ao mesmo tempo em que concede unidade de sentido à realização desses direitos. E, ainda, toda a atuação do Estado na elaboração de políticas públicas para garantia de direitos sociais, bem assim do direito à saúde, deve ser balizada pela dignidade humana, que também é o parâmetro do justo no que tange a divisão dos bens sociais.

Quando o constituinte elege a dignidade como valor fundamental está deixando clara sua opção pelo homem como fim último da atuação do Estado, ou seja, a CRFB/88 representa “a superação de uma ideia de Estado enquanto fim em si próprio” (BARCELLOS, 2011, p. 31). O Estado constitucional moderno não existe como um fim em si mesmo, mas sua atuação inicia e chega a termo na promoção da dignidade da pessoa humana. Logo, toda noção de justiça distributiva está diretamente relacionada à garantia da dignidade da pessoa humana.

Importante observar que o constituinte não insere a dignidade da pessoa humana no texto constitucional como uma previsão vazia de conteúdo e fadada à inconcretude. Ao contrário, o constituinte, desde logo, impõe ao Estado o dever de garantir a dignidade e oferece-lhe as ferramentas necessárias, que são, portanto, os direitos fundamentais. Assim, “os direitos fundamentais são, em verdade,

concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental” (SARLET, 2015, p. 71).

Ademais, a CRFB/88 é resultado de um longo processo de discussão que objetivava a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. Portanto, o próprio processo histórico de instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987 e a elaboração da Constituição já justifica sua forte vinculação com a formação de um catálogo de direitos fundamentais que marcam a inauguração de uma nova ordem constitucional.

Assim, a importância atribuída na CRFB/88 aos direitos fundamentais e até mesmo a caracterização do conteúdo desses direitos expressa, nas palavras de Sarlet (2015, p. 67) uma “reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais”.

A topografia constitucional evidencia a importância dada pelo constituinte aos direitos fundamentais, que logo no preâmbulo são evidenciados. Logo em seguida, a partir do art. 5º, o Constituinte estabelece o rol dos direitos fundamentais. A disposição desses direitos no texto constitucional demonstra que eles possuem o mesmo grau de fundamentalidade da organização do poder estatal e a localização, logo no início, revela a opção do constituinte de que todos os dispositivos subsequentes sejam interpretados com base na necessidade de garantia desses direitos por imperativo lógico da dignidade da pessoa humana. Os direitos e garantias fundamentais são, portanto, “parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” (SARLET, 2015, p. 67).

Os direitos fundamentais são, desse modo, todos eles marcados pela essencialidade, e, por meio deles, o Estado pode garantir a dignidade da pessoa humana, uma vez que eles são dela decorrentes. Em cada um dos direitos fundamentais se revela integralmente o conteúdo da dignidade da pessoa humana e relava, ainda, a melhor forma de atuação do Estado na persecução do objetivo constitucional.

Importante ressalva precisa ser feita a partir do que já foi esclarecido no tópico anterior a respeito da positivação dos direitos humanos, quando então passam a ser fundamentais de acordo com a ordem jurídica de cada Estado, e diz respeito ao fato de ser o catálogo de direitos fundamentais variável em função do tempo e do espaço. Isso significa que as necessidades variam de acordo com as

comunidades em que estão inseridas, isso porque “a evolução dos seres humanos é geradora de novos anseios [...] alguns deles, em dado momento, podem vir a ser considerados essenciais aos indivíduos” (BRITO FILHO, 2015, p. 40).

Assim, o que é fundamental para um determinado Estado pode não ser fundamental para outro, ou pelo menos não da mesma forma. Contudo, “não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz respeito a fundamentalidade” (SARLET, 2015, p. 77). É dizer que, mesmo que os direitos fundamentais apresentem uma condição de variabilidade e sejam suscetíveis de valoração distinta condicionada pela realidade social e cultural, há um núcleo único e insuscetível de divergência.

Nesse momento, encontra-se mais uma vez a dignidade da pessoa humana como parâmetro de valoração. A partir dela se estabelece o ponto de convergência que torna determinados direitos fundamentais, para qualquer pessoa, em qualquer lugar. Logo, não importam quais sejam os direitos e garantias, que uma determinada comunidade, em determinado espaço de tempo considera como fundamentais, se eles assim forem considerados estarão sempre umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, “O Estado está a serviço da pessoa humana” (ALCALÁ, 2009, p. 146)<sup>9</sup>, como verdadeiro prestador de serviços, isso porque o homem dotado de dignidade possui valor ético que está acima dos demais seres do mundo. A dignidade é, então, “um traço distintivo entre o homem e os demais seres vivos” (BRITO FILHO, 2015, p. 41).

Vista dessa forma, a dignidade aqui defendida é de matriz Kantiana, aquela que se apresenta como a mais adequada para defesa universal de direitos fundamentais e, portanto, é esse conceito que sustenta da melhor forma a garantia do direito à saúde, ampla e irrestrita. Na verdade, a definição atual dos direitos humanos como de caráter universais deve-se à importância atribuída por Kant à dignidade da pessoa humana. Logo, a influência da filosofia de Kant é enorme e decisiva, especialmente no que diz respeito aos conceitos de dignidade, autonomia, moralidade, razão prática, dentre outros.

Para Kant, todos os seres humanos são merecedores de respeito e dignidade, independente de outras variáveis, tais quais onde vivem ou quem sejam.

---

<sup>9</sup> No original: *El Estado está al servicio de la persona humana* (ALCALÁ, 2009, p. 146).

Merecem respeito pela própria condição de seres humanos racionais. E, a razão é o que torna o homem capaz de seguir os conceitos morais, pois, para Kant, “vê-se claramente que todos os conceitos morais têm sua origem completamente a priori na razão” (KANT, 2011, p. 42), isso porque as leis morais devem valer para todos os seres racionais de forma geral.

Nesse sentido, destaca-se que a teoria de Kant é um repúdio ao utilitarismo, - como será melhor explorado no capítulo 3 -, pois, para ele, a moral jamais pode estar relacionada ao aumento da felicidade ou outra finalidade qualquer. Ao contrário, ele sustenta “que ela [a moral] está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas” (SANDEL, 2016, p. 137). Além do que, Kant não admite que o fato de uma coisa proporcionar prazer a uma considerável quantidade de pessoas signifique que possa ser considerada correta, ou seja, não admite que alguém seja tratado como instrumento da felicidade coletiva.

Para Kant a moralidade não encontra respaldo em considerações empíricas, tais como interesses, vontades, desejos e preferências que as pessoas possam ter, isso porque a própria dignidade é destruída quando se fundamenta a moralidade em interesses e preferências. Para o autor, só se pode alcançar o princípio absoluto da moralidade no que ele denomina de “pura razão prática”. Com isso, o autor está querendo dizer que a capacidade de raciocinar e ser livre é comum ao homem. Ou melhor, “Kant não tem a intenção de nos ensinar o que é certo e errado (ele o considera presunçoso), mas fazer-nos cientes de que o direito moral tem sua raiz em nossa razão livre” (RAWLS, 2005, p. 171).

Assim, a verdadeira liberdade caracteriza-se, para Kant, quando a ação não tem por base nenhuma determinação exterior, ou seja, é autônoma. A autonomia confere toda dignidade à vida humana e enseja a responsabilidade moral. “Agir livremente não é escolher as melhores formas para atingir determinado fim; é escolher o fim em si (...)” (SANDEL, 2016, p. 142), coisa que só os seres humanos podem fazer. A ação só possui valor moral se estiver certa em si mesma; ou melhor, a ação que tem por base qualquer outro motivo que não o dever não possui valor moral.

Portanto, para Kant, é necessário fazer a coisa certa porque é a coisa certa e não por qualquer outro motivo, como conveniência, preferência ou utilidade; a ação, nesse caso, é boa por si mesma. Nas palavras de Rawls (2005, p. 204), para Kant, o valor moral das ações “depende dos princípios de volição segundo os quais são

realizadas, e não dos propósitos – objetivos, estados de coisas, ou fins – os desejos dos quais nos impelem a realizar as ações”.

Por isso, Rawls destaca que na parte essencial da doutrina moral de Kant está a ideia de que a boa vontade possui valor absoluto, algo incomparavelmente bom. A boa vontade é sempre boa em si mesma, independente de condicionantes. Ao contrário, todas as outras coisas são boas apenas sob certas condições (RAWLS, 2005).

Nesse sentido:

os talentos de espírito, as qualidades de temperamento e os dons da fortuna podem ser extremamente maus quando a vontade que faz uso deles não é uma boa vontade. Mesmo as virtudes secundárias, como as podemos denominar – coragem e autocontrole, resolução e reflexão sóbria – só têm valor na condição de que auxiliem a vontade na busca dos fins universais. As virtudes primárias, digamos, são aquelas cuja posse segura constitui uma boa vontade; entre elas, são proeminentes a sabedoria, um senso de justiça e a benevolência (prática). São as pessoas que possuem essas virtudes que são virtuosas: as ações particulares que procedem dessas virtudes têm valor moral (RAWLS, 2005, p. 178).

Na prática da realização de direitos fundamentais, o Estado não garante saúde por caridade, mas por que é a coisa certa. A caridade, os atos oriundos de compaixão, embora aceitáveis de forma positiva, não possuem valor moral para Kant, isso porque há uma grande diferença entre ajudar alguém por um ato prazeroso de fazer o bem e ajudar por dever. Somente na última hipótese o ato possui valor moral. A boa ação deve ser feita por ser a coisa certa, seja ela prazerosa ou não.

Mas, sabendo-se que somente a motivação do dever atribui valor moral a uma ação, é necessário compreender em que consiste este dever que impulsiona a fazer a coisa certa. Nesse sentido, há, segundo Kant, duas formas de determinação da vontade, uma autônoma e outra heterônoma.

A vontade determinada com base na heteronomia é aquela determinada externamente e a vontade autônoma, por sua vez, é aquela coordenada por leis que o indivíduo impõe a si mesmo e isso só é possível em razão da racionalidade do homem, de sua capacidade de reflexão e pensamento. Ademais, para Kant, a vontade só é livre se for autônoma, porque ninguém é livre se não puder escolher seus próprios desejos, se autodeterminar (SANDEL, 2016).

Logo, a dignidade humana, na visão de Kant (2011), consiste na sua capacidade de criar leis universais e sujeitar a todos a partir destas leis, essa é a primeira lei do imperativo categórico do autor. É preciso ser governado por uma lei outorgada a si mesmo, o imperativo categórico que também pode ser entendido como incondicional. Esse imperativo exige, primeiramente, que se aja segundo um determinado princípio que, na opinião do agente, deveria constituir uma lei universal; depois, exige que a concepção de humanidade seja considerada um fim, sendo esta a segunda formulação do imperativo Kantiano (SANDEL, 2016).

Em resumo, sobre essa primeira formulação do imperativo categórico, Rawls (2005, p. 195) reitera:

[...] devemos ser capazes de, na qualidade de agentes sinceros, razoáveis e racionais, ter a intenção de agir segundo aquela máxima quando nos consideramos membros do mundo social ajustado associado a ela e, assim, quando nos consideramos agindo no interior desse mundo e sujeitos a suas condições.

E, acrescenta que “Devemos ser capazes de querer esse próprio mundo social ajustado e de afirmá-lo caso venhamos a pertencer a ele” (RAWLS, 2005, p. 195). Daí se pode perceber que, em Kant, há uma estreita relação entre moralidade e liberdade, pois agir moralmente, para o autor, significa agir por um dever, em obediência a uma lei moral universal e só se pode agir livremente quando a ação está de acordo com esse imperativo categórico.

Nesse contexto, a liberdade constitui toda a grandeza e a dignidade humana. Só porque é livre o homem pode resistir a todos os estímulos sensíveis, tanto internos quanto externos; pode começar por si mesmo um evento; pode ser legislador absoluto de si mesmo e pode ser totalmente responsável por tudo aquilo que faz ou deixa de fazer. Por isso, a liberdade caracteriza o ser humano e define sua responsabilidade: ser homem, isto é, racional, equivale a ser essencialmente livre e poder agir exclusivamente debaixo da liberdade. Somente assim o homem pode perseguir seu próprio projeto de vida boa.

Kant (2011, p. 51), esclarece:

Mas quando imagino um imperativo categórico, sei imediatamente o que ele contém. Pois, não contendo o imperativo além da lei senão a necessidade da máxima que mande se conformar com essa lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta

senão a universalidade de uma lei em geral, à qual a máxima da ação deve ser conforme, conformidade esta que só o imperativo nos representa propriamente como necessária.

O imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.

Nesse sentido, considerando que “todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação que é necessária segundo o princípio de uma vontade de qualquer forma boa” (KANT, 2011, p. 45), e, assim, são formas pelas quais a razão pode determinar a vontade, o imperativo categórico se diferencia do hipotético, pois este é sempre condicional e instrumental, enquanto que aquele é universal e incondicional, sendo que, para Kant, somente o imperativo categórico é considerado imperativo de moralidade. Sobre essa diferenciação, esclarece:

Imperativos hipotéticos usam a razão instrumental: se você deseja X, então faça Y. Se você quer ter uma boa reputação nos negócios, então trate seus cliente honestamente. (...). Se a ação for boa em si, e, portanto, necessária para uma vontade que, por si só, esteja em sintonia com a razão, o imperativo, nesse caso, será o categórico (SANDEL, 2016, p. 151).

Voltando à segunda formulação do imperativo categórico de Kant, trata-se da formulação segundo a qual a humanidade é um fim em si mesma e nunca pode ser tratada como meio. Kant (2011, p. 59) assim estabelece: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

O autor diferencia pessoas de coisas exatamente a partir dessa máxima, pois a natureza dos seres racionais é o traço distintivo, ou seja, ela, segundo Kant, limita o arbítrio. A natureza humana impede, assim, que as pessoas sejam utilizadas com fins outros que não elas mesmas, impede todo tipo de diminuição da pessoa em vistas a favorecer quaisquer interesses de meio. Assim, Kant supõe que o homem é um valor absoluto e explica:

Mas suponho que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática.

Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (KANT, 2011, p. 58).

O valor absoluto do homem, conforme explicado na transcrição acima, está diretamente relacionado à sua dignidade. O homem, para Kant, não tem um valor relativo, condicional; mas, ao contrário, possui valor absoluto, intrínseco. Esta é, pois, a noção de dignidade dos seres racionais, defendida por Kant e apropriada para servir como baliza de atuação do Estado na garantia de direitos fundamentais. Rawls sintetiza afirmando que, para Kant, “devemos tratar a humanidade em nossa pessoa e nas pessoas dos outros de uma certa maneira: nunca simplesmente como um meio, mas sempre como um fim em si mesma” (RAWLS, 2005, p. 213).

Exatamente porque o ser humano possui dignidade, ele não pode servir de instrumento, de meio para o alcance de qualquer objetivo que seja, por melhor que seja. Ao contrário, a razão concede ao homem a capacidade de autodeterminar-se de maneira autônoma, sendo, por isso, merecedor de direitos essenciais à sua dignidade. Nesse sentido, importante ressalva faz Rawls (2005, p. 217) quando destaca que o sentido de humanidade em Kant está relacionado “aquelas nossas faculdades e capacidades que nos caracterizam como pessoas razoáveis e racionais que pertencem ao mundo natural”.

Portanto, não se pode aquilatar o ser humano, dada sua dignidade, pois o seu valor ético já é superior por si mesmo, o que lhe concede o direito de garantia dos direitos fundamentais, todos eles, considerados o mínimo essencial para o respeito à dignidade.

É dessa forma que o homem, para Kant, na condição de legislador universal, pertence ao reino dos fins, não podendo ser submetido a qualquer tipo de valoração que não seja a valoração máxima e superior entre os seres; ou melhor, o homem está acima de qualquer valoração. Como bem explica Kant (2011, p. 65):

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

A dignidade, portanto, possui “uma dupla face: de um lado o poder de fazer escolhas, de exercer a autonomia; de outro, o direito de ter respeito mínimo por

parte do Estado e de toda a comunidade” (BRITO FILHO, 2015, p.45). Logo, os direitos fundamentais são esses direitos básicos, mínimos e essenciais para o respeito à dignidade, pois a garantia desses direitos vai determinar se o homem está, na prática, sendo tratado como fim em si mesmo ou apenas como meio.

Desse modo, na concepção Kantiana, aqui adotada, a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada nas palavras de Sarlet (2007, p. 382), nos seguintes termos, como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Sendo a dignidade essa qualidade intrínseca de cada pessoa singularmente considerada, é certo que ninguém a concede ao homem, pois ela é própria de sua natureza de humano, mas é certo que o Estado deve garantir respeito a ela a partir de ações em prol da garantia de direitos fundamentais, os quais estão umbilicalmente relacionados com o respeito, a proteção e a promoção da dignidade; em outras palavras, à sua garantia. Assim, embora o conteúdo da dignidade não se esgote nos direitos fundamentais, pode-se afirmar que o indivíduo que tiver respeitado esses direitos terá também garantida sua dignidade.

Assim, a garantia de direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana estão inseparavelmente relacionadas ao aspecto mais amplo da realização pessoal, pois os direitos são distribuídos para que cada um possa realizar os seus objetivos e decidir o que fazer da sua vida. De posse deles o homem pode perseguir livremente seu próprio projeto de vida.

Nesse contexto, resume Branco (2017, p. 19):

O pressuposto do direito fundamental é a dignidade da pessoa humana. O conteúdo igualitário de tal direito visa atribuir a todos os destinatários possíveis os respectivos direitos, sejam genéricos como homem, cidadão, etc., sejam os portadores de direitos particularizados por gênero ou posição social, ou seja, trabalhador, mulher, consumidor, incapaz, criança, etc. Tal aspecto se funda nas

ideias de liberdade e igualdade e se justificam pelo aspecto ético em que se apoiam as teorias da dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, a dignidade, tal como delineada nas linhas anteriores, está relacionada ao ideal de sociedade justa, aquela que garante aos indivíduos igual consideração e respeito, assim como meios para realização dos seus planos e sonhos, na medida do necessário para que cada um possa perseguir o que considera valioso. Esse ideal de justiça distributiva será melhor explanado nos próximos capítulos deste estudo.

Nesse sentido, não há como falar em dignidade da pessoa humana sem que se garanta o direito à saúde, primeiro porque, assim como os demais direitos fundamentais, trata-se de direito imprescindível ao viver digno; depois porque, o ideal de sociedade justa exige que o direito à saúde seja garantido, pois a ausência de saúde impossibilita a realização do indivíduo, fere seus direitos e sua própria dignidade.

Portanto, é impossível um desenho de sociedade justa sem que nela se garanta o direito à saúde, juntamente com os demais direitos fundamentais sociais, especialmente porque todos são marcados pela fundamentalidade, como será demonstrado na seção seguinte.

### 1.3 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Antes de se adentrar, especificamente, no direito à saúde e suas particularidades, faz-se importante tratar do quão essencial é este direito, que de tal modo foi considerado pelo legislador constituinte de 1988.

Nesse sentido, o fato de os direitos sociais terem sido reclamados em um segundo momento, tal como foi demonstrado no tópico primeiro e, desse modo, terem galgado nível constitucional posterior ao reconhecimento e positivação dos direitos civis e políticos ou de primeira geração, aparece como uma das razões que levam alguns autores, até hoje, a fazerem diferenciação entre os direitos de primeira geração e os sociais no que diz respeito ao nível de força normativa ou fundamentalidade destes últimos.

A fundamentalidade do direito diz respeito à possibilidade de lhe atribuir características peculiares que fazem total diferença no momento da sua proteção,

concretização e exigibilidade, isso porque a fundamentalidade relaciona o direito ao princípio da dignidade da pessoa humana e todo seu conteúdo, o que acarreta a absorção de níveis máximos de força normativa.

Nesse diapasão, há divergência na doutrina, sendo que, para alguns, os direitos de segunda geração não são iguais aos de primeira ou, pelo menos, não são tão iguais. Assim, são diversas as teses que, de um lado, atribuem fundamentalidade aos direitos sociais e, de outro, a negam.

Atria (2005) destaca que a noção de direitos sociais seria uma contradição, quando se leva em consideração a noção de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, isso porque os direitos individuais têm seu fundamento no autointeresse, são direitos anteriores ao Estado e, desse modo, absolutamente independentes de algo externo ao próprio indivíduo, ou seja, não há fundamento de Direito Subjetivo fora de um ideal individual. Nesse sentido, afirma:

Sustentarei que se a noção de direitos é entendida por referência à ideia de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, a noção de direitos sociais é uma contradição em seus termos (ATRIA, 2005, p. 15).<sup>10</sup>

Desse modo, para Atria (2005), os direitos sociais não seriam humanos, pois o traço distintivo desses direitos é que eles dependeriam de solidariedade e esta é algo que se constrói na vida em sociedade, portanto não nasce com o indivíduo. Além do que, para o autor, a justificativa normativa dos direitos sociais faria, necessariamente, referência à comunidade.

O autor segue afirmando que os direitos de primeira geração possuiriam uma peculiaridade, que seria o fato de que quando se determina quem tem o direito, determina-se, também, e imediatamente, quem tem o dever de prestá-lo. Assim, os direitos individuais possuiriam uma clara e completa especificação do seu conteúdo e a consequência é que eles poderiam ser considerados como naturais.

Em contrapartida, os direitos sociais seriam totalmente diferentes, pois não especificariam com precisão seu conteúdo, tampouco revelariam, de plano, em face de quem seriam exigíveis, ou seja, não informariam, de imediato, qual sujeito estaria

---

<sup>10</sup> No original: *Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos* (ATRIA, 2005, p. 15).

obrigado, destacando-se que a resposta a estas perguntas só seria possível na vida em sociedade.

É o que nos esclarece Atria (2005):

Os direitos que hoje chamamos de "primeira" geração têm uma peculiaridade: a especificação completa do conteúdo de seu aspecto passivo: ao determinar quem tem direito a que, estou também determinando - tratando-se desses direitos - quem tem o dever. Isso tem uma consequência de extraordinária importância. Os direitos de primeira geração podem ser concebidos como naturais, porque para especificar seu conteúdo tanto ativo quanto passivo é suficiente atender à posição do indivíduo isolado. Mas os direitos sociais são radicalmente diversos neste sentido. A especificação do conteúdo do seu aspecto ativo não constitui uma especificação completa do conteúdo de seu aspecto passivo. Ela não inclui informação nem sobre quem é o sujeito obrigado, nem sobre qual é o conteúdo de sua obrigação (ATRIA, 2005, p. 19-20).<sup>11</sup>

Para facilitar o entendimento, destaca-se, por exemplo, a situação de alguém que deixa seu carro estacionado em frente à sua universidade. Nesse caso, tratando-se de direito à propriedade, é fácil compreender que não só o Estado tem o dever de proteger o bem, como também todas as pessoas, pois ninguém pode lesar a propriedade de outrem. Contudo, quando se fala em direitos sociais, consoante ao pensamento de Atria (2005), seria mais difícil especificar de quem é a obrigação de proteção, não é de plano que se define quem deve proteger o direito à saúde ou à educação dos indivíduos e deles não se retira uma prestação específica desde logo, o que faz diminuir a força desses direitos.

Assim, sobre o argumento da subjetividade dos direitos sociais, sabe-se que a noção de direito subjetivo pode ser compreendida de forma intuitiva: se uma pessoa tem um direito, isso significa que possui a prerrogativa de exigir algo de alguém, ou seja, alguém deve adimplir a obrigação correspondente a esse direito. Assim, um

---

<sup>11</sup> No original: *Los derechos que hoy llamamos de 'primera' generación tienen una peculiaridad: la especificación completa del contenido del aspecto activo de esos derechos es al mismo tiempo una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber. Esto tiene una consecuencia de extraordinaria importancia. Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado. Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación* (ATRIA, 2005, p. 19-20).

direito subjetivo apenas nasce se alguém tem o poder de exigir forçosamente de outrem uma conduta.

Logo, há uma grande e essencial diferença entre afirmar que se deve “dar algo a alguém porque é justo ou bom” e afirmar que “alguém tem o direito a algo”. Assim, no sentido jurídico, para que se possa falar em direito subjetivo, algumas condições seriam imprescindíveis, conforme destaca Atria (2005, p. 23):

(...) é necessário que uma pessoa: (i) tenha uma obrigação, (ii) cuja exigibilidade está juridicamente mediada pela declaração de vontade de outra; e (iii) que seja reconhecida ou criada pelo direito em atenção ao interesse desta outra.<sup>12</sup>

Nesse sentido, na tese de Atria (2005), à medida que os direitos teriam a função de justificar a existência do Estado, estes só poderiam ser os naturais, ou seja, os de primeira geração, uma vez que os direitos sociais não poderiam ser completamente exigíveis, eis que em uma medida importante dependeriam de sistemas que os Juízes não poderiam criar; em outras palavras, os direitos sociais dependeriam de uma atuação positiva do Estado por meio das políticas públicas. É o que conclui, nos seguintes termos:

Em abstrato, o argumento é relativamente simples: vimos que o conceito de direito subjetivo faz referência à ideia de que o que é justo dar, fazer ou não fazer ao titular do direito pode determinar-se com independência de considerações substantivas de índole geral. Por isso os direitos triunfam (ao menos em princípio) sobre considerações de utilidade geral ou aspirações comunitárias. O maior bem-estar social ou a aspiração comunitária não podem constituir uma razão que triunfe sobre um direito. Isso é o que “ter direito a ...” significa no jogo de linguagem do direito. (...). Os fins coletivos (ou comunitários) que justificam os direitos sociais, por consequência, não poderiam vencer os direitos individuais se não estão expressos na linguagem dos direitos (ATRIA, 2005, p. 39).<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> No original: (...) es necesario que una persona, (i) tenga una obligación (ii) cuya exigibilidad está juridicamente mediada por la declaración de voluntad de otra; y (iii) que sea reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra (ATRIA, 2005, p. 23).

<sup>13</sup> No original: En abstracto, el argumento es relativamente simple: hemos visto que el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho puede determinarse con independencia de consideraciones substantivas de índole general. Por eso los derechos triunfan (al menos en principio) sobre consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias. El mayor bienestar social o la aspiración comunitaria no pueden constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que ‘tener derecho a...’ significa en el juego de lenguaje del derecho. (...). Los fines colectivos (o comunitarios) que justifican los derechos sociales, en consecuencia, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos (ATRIA, 2005, p. 39).

Portanto, para Atria (2005, p. 47) “Os direitos sociais não podem ser exigíveis como direitos subjetivos”<sup>14</sup>. Contudo, importante destacar que Atria (2005) não defende a retirada dos direitos sociais do texto das Constituições, pois para ele não há essa necessidade, desde que, todavia, os direitos sociais sejam entendidos apenas em seu sentido político, como objetivos de importância para o Estado. Assim, resta evidente que os argumentos até aqui expostos acabam por negar a fundamentalidade dos direitos sociais.

No Brasil, vozes no mesmo sentido de Atria (2005) podem ser ouvidas na doutrina a partir dos argumentos de Torres (2003), para o qual a fundamentalidade dos direitos sociais somente se justifica quando estes direitos forem tocados pelo interesse fundamental, isto é, pelo núcleo intangível da fundamentalidade. O autor esclarece:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.

.....  
Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade (TORRES, 2003, p. 1-2).

Verifica-se, portanto, mais uma tentativa de reduzir o grau de fundamentalidade dos direitos sociais, neste caso a uma fração mínima de conteúdo. É dizer que, para Torres (2003), há um conteúdo essencial nos direitos sociais e somente ele possui um grau de fundamentalidade capaz de gerar direitos subjetivos aos seus titulares. Logo, se a pretensão reclamada estiver fora desse mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos passa a depender de legislação infraconstitucional que o regulamente.

Entretanto, é majoritária entre os autores a defesa de fundamentalidade ampla dos direitos sociais com base em vasta argumentação, grande parte dela no sentido de que os direitos sociais são meios necessários para que o indivíduo possa gozar de autonomia, isso porque a vida em sociedade só se justifica se cada pessoa

---

<sup>14</sup> No original: *Los derechos sociales no pueden ser exigibles como derechos subjetivos* (ATRIA, 2005, p. 47).

tiver suas necessidades existenciais garantidas. Assim, todos os direitos são fundamentais, pois todos são necessários para a vida digna.

Nesse sentido é que Pulido (2008) contrapõe-se ao que defende Atria (2005), primeiro para desconstruir a ideia de que buscar fundamentos para os direitos sociais na solidariedade significa dizer que não se pode fundamentar direitos sociais como subjetivos, depois para rechaçar a ideia de que a existência de diferenças estruturais entre os direitos individuais e os sociais tornam estes últimos indeterminados.

Pulido (2008) reconhece que o ideal coletivo por si mesmo não consegue oferecer fundamentação adequada para direitos subjetivos, e reafirma que, a noção de subjetividade do direito deve partir da posição do indivíduo, o qual deve ser protegido até para que possa bem interagir em comunidade ou face a ela. Nesse ponto, identifica-se uma convergência de pensamento entre os autores. Entretanto, contrapondo-se a Atria (2005), destaca:

Como consequência, nada se pode objetar à crítica de Atria contra a possibilidade de fundamentar o caráter de direitos subjetivos dos direitos sociais na concepção socialista. Não obstante, o problema da perspectiva de Atria consiste em derivar desta crítica uma licença para sustentar a tese segundo a qual os direitos sociais não podem ser considerados de nenhuma maneira como direitos subjetivos e somente podem ter valor enquanto ideais políticos. (PULIDO, 2008, p. 144).

Pulido (2008) destaca que o Estado Social não nega as bases do Estado Liberal, mas pretende reformulá-las, ou, pode dizer-se, pretende conceder legitimidade às liberdades públicas, tanto quanto ao aparato que as impõe. O autor esclarece que o Estado Social de direito fundamenta os direitos sociais de duas formas, a primeira de forma independente, e a segunda como meios para garantia de exercício real das liberdades.

Nesse sentido, retoma a tese da fundamentação independente de Tungendhat (1997), lembrando que “A ideia central de Tungendhat assinala que, para responder à pergunta acerca de quais direitos deve ter uma pessoa, ‘somente pode ser fundamental o conceito de necessidade’” (PULIDO, 2008, p. 145).

Nesse sentido, continua esclarecendo Pulido (2008, p. 145):

De acordo com este autor [Tungendhat], os direitos fundamentais estabelecem regras de cooperação social que traçam as condições nas quais se desenvolvem os vínculos entre os indivíduos e entre estes e o Estado. O conteúdo destas regras de cooperação não é imutável, mas se manifesta em cada época, de acordo com os valores e interesses predominantes ou em conformidade com as reivindicações que se impõem, como resultado das lutas sociais.

Assim, a crença burguesa acaba por criar a imagem de um homem autossuficiente, aquele que necessita apenas de direitos compostos por obrigações de abstenção, ou seja, necessita apenas ver respeitada sua esfera particular e sua liberdade, pois se pressupõe que este homem é dotado de toda capacidade de satisfazer a si mesmo e suas necessidades.

Ao contrário, há que se mostrar a necessidade de mudança dessa crença liberalista que acaba por esquecer de grande parte da sociedade que não possui condições de fazer valer-se por si própria, ou seja, parte da sociedade que precisa de ajuda externa. Assim, “Tungendhat sugere construir um sistema de direitos fundamentais que se enraíze no conceito de necessidade” (PULIDO, 2008, p. 156), ou seja, no conjunto de necessidades do qual a pessoa é titular e, assim, o exercício da liberdade do indivíduo impõem um correlato dever ao Estado e aos particulares.

Desse modo, no pensamento de Tungendhat (1997), ao qual Pulido (2008) se filia, toda sociedade deve preocupar-se com a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, fim principal da comunidade política e imperativo de justiça social. Logo, a necessidade individual de autoajuda e de bens mínimos necessários para o exercício das liberdades importam em regras de cooperação social próprias do esquema de solidariedade.

Nesse contexto, afirma Pulido (2008, p. 147): “os direitos sociais se tornam compatíveis com as liberdades dentro do marco do Estado” e “Por meio do conceito de pessoa como sujeito titular de um conjunto de necessidades, Tungendhat oferece uma fundamentação independente dos direitos sociais” (PULIDO, 2008, p. 147).

Entretanto, Pulido (2008) também destaca que os direitos sociais podem ser fundamentados como meios para o exercício real das liberdades, ou seja, como instrumentos e, nesse ponto, recorda Alexy (1997, p. 486), para o qual “o argumento principal a favor dos direitos fundamentais sociais é um argumento de liberdade”.

Na visão de Pulido (2008), os direitos sociais possuem conteúdo muito vasto, e por isso as duas concepções não são excludentes. Segundo o mesmo autor:

Não obstante, em nosso modo de ver, a tese da fundamentação independente defendida por Tungendhat não resulta contraditória, senão complementar, com a ideia de uma fundamentação instrumental dos direitos sociais. Esse nexos de complementariedade se produz em razão de que o âmbito dos direitos sociais tem um conteúdo bastante amplo, que abarca não somente as disposições tendentes a garantir um mínimo existencial para o indivíduo, mas também as normas que conformam a dimensão prestacional das liberdades e dos direitos políticos (PULIDO, 2008, p. 149).

Por todas essas razões é que, para Pulido (2008, p. 149), “da crítica à fundamentação socialista dos direitos fundamentais não se pode derivar uma negação do caráter jurídico desses direitos”, pois o fato dos direitos sociais possuírem o objetivo de satisfazer o conjunto de necessidades básicas do indivíduo importa no caráter de prioritários desses direitos, diante dos correlatos deveres de solidariedade, face aos demais indivíduos e ao próprio Estado, ou seja, importa no caráter de independência.

Ademais, para Pulido (2008):

[...] esta fundamentação independente é complementar à fundamentação liberal dos direitos sociais, como meios para o exercício efetivo das liberdades. Nesse segundo tipo de fundamentação instrumental, também os direitos sociais têm uma prioridade substantiva frente aos correlatos deveres de prestação (PULIDO, 2008, p. 149-150).

Portanto, ambos os direitos (de primeira e de segunda geração), têm prioridade substantiva em face dos deveres correlacionados e ambos compõem a estrutura do Estado social, uma vez que objetivam a satisfação das necessidades básicas. Assim, os direitos de primeira geração procuram satisfazer as necessidades de exercício de liberdade privada e autonomia política, enquanto que os direitos sociais a necessidade de dispor de meios para existência, é dizer: meios para o exercício das liberdades reais (PULIDO, 2008, p. 150).

Por fim, Pulido (2008) destaca que todos os direitos que estão na Constituição são, em certa medida, indeterminados, dependem de interpretação e a prestação está ligada à luta ideológica. Desse modo, a diferença entre os direitos sociais e os civis e políticos é estrutural, o que não descaracteriza nenhum dos elementos de fundamentalidade de ambos os direitos.

Logo, o fato de haver indeterminação é fruto da linguagem principiológica, característica não só dos direitos sociais, mas de todos os direitos. É o que esclarece:

Nos direitos sociais, a indeterminação se apresenta porque a disposição que estabelece o direito não fixa com clareza em todos os casos qual é a prestação mediante a qual se satisfaz o direito. (...). Esta indeterminação peculiar do objeto não se apresenta do mesmo modo nos direitos de liberdade, porquanto nestes últimos a conduta devida é uma abstenção e o constitucionalmente contrário ao direito é qualquer tipo de conduta (PULIDO, 2008, p. 150-151).

Para Sarlet (2015, pg. 67) os direitos fundamentais possuem uma dupla fundamentalidade, e, ainda, afirma o autor que os direitos fundamentais são “parâmetros hermenêuticos e valores superiores a toda a ordem constitucional e jurídica”. Acrescenta que:

Direitos fundamentais são (...) todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (SARLET, 2015, p. 78)

Pela lógica do autor, a fundamentalidade formal é decorrente da constitucionalização dos direitos. Assim, tratando-se de normas constitucionais, inicialmente, tem-se que elas – as normas de direitos fundamentais-, têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; depois, estão sujeitas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional previstos no art. 60 da CRFB/88 e; por fim, possuem aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos, em razão do disposto no § 1º do art. 5º da CRFB/88.

Por sua vez, a fundamentalidade material está diretamente relacionada ao fato de que as normas que instituem direitos fundamentais possuem correspondência com o núcleo valorativo que informa a Constituição, especialmente relacionadas à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é que bem esclarece Olsen (2012, p. 1) “os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as

decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito das relações travadas entre o Estado e a Sociedade, e dos cidadãos entre si”.

Ademais, resta evidente que não basta a positivação dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais para serem fundamentais, ou seja, devem esses direitos trazerem características que os diferenciam, por isso falar-se em fundamentalidade formal e material. E, ainda, não basta a fundamentalidade formal, pois o constituinte inseriu cláusula de abertura quando tratou do regime de direitos fundamentais no § 2º do art. 5º da CRFB/88, ou seja, ele mesmo admite como fundamentais direitos decorrentes dos princípios e dos regimes constitucionais, bem como os previstos em tratados internacionais.

Acrescentando ao que já foi dito acima, Costa (2012, p. 645-646) assevera:

[...] a fundamentalidade formal permite que se dê a esses bens jurídicos, que são considerados relevantes e essenciais à proteção da pessoa humana, uma situação diferenciada, isto é, uma proteção privilegiada em relação às demais normas constitucionais não tidas como fundamentais. Trata-se de garantias que a própria Constituição formal já estabelece e vai depender de cada uma delas. [...]. Por sua vez, a fundamentalidade em sentido material está vinculada à importância, à essencialidade, e, portanto, à relevância de proteção de determinados bens jurídicos para uma dada ordem constitucional; diz respeito ao conteúdo dos direitos, aos seus valores subjacentes.

Desse modo, no sentido formal, a própria Constituição estabelece que as normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º) e, ainda, tratam-se de normas protegidas não só pelo legislador originário, mas também pelo poder constituinte reformador, pois são inculpidas como cláusulas pétreas, presentes no art. 60 da CRFB/88.

A importância desses dispositivos se perfaz evidente, pois as normas definidoras de direitos fundamentais versam sobre a própria estrutura do Estado e da sociedade e possuem conteúdo diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, em outras palavras: “Trata-se, portanto, de direitos essenciais à proteção da pessoa humana” (COSTA, 2012, p. 646).

Assim, a determinação contida no § 1º do art. 5º da CRFB/88, de aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais releva a consagração expressa do princípio da máxima efetividade, inerente às normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais. Desse modo,

as normas tidas como programáticas revestem-se de um mandado, estabelecendo ao Poder Público que reconheça e efetive com a máxima prioridade todos os direitos fundamentais, dentre eles os sociais.

Sobre isso, esclarece Alcalá (2009, p. 157)<sup>15</sup>:

Os direitos sociais não se distinguem por serem de caráter programático frente aos direitos individuais que seriam de eficácia direta e imediata, somente ocorre que os segundos têm já estabelecida sua configuração legislativa e seus meios de proteção na legislação civil, processual e penal, enquanto que no caso dos primeiros eles estão se materializando mais recentemente, na medida em que há vontade política e tomada de consciência de seu igual caráter de direitos fundamentais que os primeiros, como também de sua garantia essencial para fazer valer o conteúdo de qualidade de vida digna para todas as pessoas

De fato, o constituinte de 1988 elegeu determinados direitos, todos relacionados a determinados valores, e os positivou como fundamentais. Dentro dessa categoria, não cabe à doutrina discutir sua fundamentalidade, elegendo parâmetros materiais exclusivos e excludentes, como a dignidade da pessoa humana, porque já está determinado que todos os direitos fundamentais são essenciais e, portanto, todos relacionados à dignidade da pessoa humana.

Assim, é preciso reconhecer que o conceito material de direitos fundamentais será sempre relativo, na medida em que deverá respeitar as posições filosóficas, políticas e éticas de cada constituinte, em cada país. De todo modo, independentemente de em que ordenamento jurídico estejam inseridos, esses direitos sempre estarão relacionados aos valores eleitos como superiores em cada nação e à dignidade da pessoa humana, tal como definida na concepção Kantiana. Portanto, quando reconhecidos como fundamentais no ordenamento interno de cada País, serão sempre indispensáveis.

Direitos fundamentais, pois, estão em constante evolução para atender às exigências da dignidade da pessoa humana no contexto histórico e de cada Estado

---

<sup>15</sup> No original: *Los derechos sociales no se distinguen por ser de carácter programático frente a los derechos individuales que serían de eficacia directa e inmediata, sólo ocurre que los segundos tienen ya establecida su configuración legislativa y sus medios e protección em la legislación civil, procesal y penal, mientras que em el caso de los primeros ello se está concretando más recientemente, em la medida que hay voluntad política y toma de consciencia de su igual carácter de derechos fundamentales que los primeros, como asimismo, de su indispensable aseguramiento para hacer respetar um contenido de calidad de vida digna para todas las personas.* (ALCALÁ, 2009, p. 157).

e são limitações impostas aos poderes constituídos do Estado, revelando-se como obrigações indeclináveis.

#### 1.4 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A CRFB/88 é resultado de um longo processo de discussão que objetivava a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. Portanto, como dito anteriormente, o próprio processo histórico de instalação da Assembleia Nacional Constituinte e a elaboração da Constituição já justifica sua forte vinculação com a formação de um catálogo de direitos fundamentais que marcam a inauguração de uma nova Ordem Constitucional.

Assim, a importância atribuída na CRFB/88 aos direitos fundamentais e até mesmo a caracterização do conteúdo desses direitos demonstra, nas palavras de Sarlet (2015, p. 67) uma “reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais”.

A topografia constitucional evidencia a importância dada pelo constituinte aos direitos fundamentais, que logo no preâmbulo são evidenciados. Assim, o preâmbulo da CRFB/88 institui o Estado Democrático de Direito, o qual se destina a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a CRFB/88 é paradigmática, pois reconheceu toda a força e fundamentalidade dos direitos sociais. Portanto, a Carta Magna simboliza um marco jurídico de democracia e institucionalização dos direitos fundamentais no País, uma vez que o valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, sobre o qual se funda o Brasil impõe-se como núcleo básico de toda hermenêutica do sistema jurídico, como critério de valoração e baliza de atuação estatal.

Os direitos sociais estão dispostos na CRFB/88 no Título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II, que versa sobre a ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. O art. 6º da CRFB/88 estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho,

a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Ao reconhecer a estes direitos uma dimensão fundamental, o Estado obrigou-se a prestações positivas que os garantam a todos na integralidade. Ou seja, o constituinte prevê os direitos fundamentais como baliza para atuação do Estado, bastando observar a localização do dispositivo legal, logo no início do texto constitucional, para compreender que o constituinte quis desenvolver toda organização da República Federativa do Brasil a partir desse mínimo que deve ser garantido aos indivíduos.

A CRFB/88 legitima o Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º) e traz um catálogo de direitos sociais (art. 6º), todos inseridos no rol dos direitos fundamentais (art. 5º a 17). A formação desse catálogo de direitos fundamentais é, portanto, fruto da luta de grupos sociais que almejam, em cada momento da história da sociedade, o reconhecimento e a garantia de suas necessidades fundamentais. É assim que o direito à saúde, como direito social, é fruto de anos de luta.

A partir do art. 196, após estabelecer a saúde como direito fundamental, o constituinte destaca a forma pela qual ela deve ser garantida, dando destaque às políticas sociais e econômicas, com vistas à garantia da saúde, direito de todos e dever do Estado. Portanto, pode-se afirmar que “Constituições sociais, normas programáticas, planejamento, políticas públicas e função social formam a base onde está assentado o Estado Social (BASTOS, 2011, p. 189).

O conceito de saúde evoluiu ao longo do tempo, sendo que atualmente não mais é considerada somente como ausência de doença. A questão da saúde relacionada à existência do ser humano é recente, pois somente com o Iluminismo compreendeu-se tal questão como saúde/doença, isso porque, até então, os doentes eram discriminados, subjugados e até mesmo condenados à morte, sem a garantia de qualquer direito (BARROS, 2006).

As descobertas de conhecimentos introduzidos pela epistemologia<sup>16</sup> acabaram por fortalecer o conceito de saúde como algo decorrente de uma multiplicidade de causas coexistentes no fenômeno saúde-doença e não somente

---

<sup>16</sup> Segundo o dicionário Aurélio online, o termo: “Epistemologia” é o ramo da filosofia que se ocupa dos problemas que se relacionam com o conhecimento humano, refletindo sobre a sua natureza e validade (Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/epistemologia>>. Acesso em: 22 abr. 2017).

como ausência de doença, embora os conceitos estejam sempre relacionados (BARROS, 2006; PEREIRA, 2014).

A Organização Mundial de Saúde – OMS, no preâmbulo de sua Constituição de 1946 define que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946, não paginado).

O conceito da OMS parecia um nirvana diante dos horrores de pós-guerra, mas continuava sendo uma definição enigmática na medida em que era preciso definir o “todo completo” e ao mesmo tempo o “nada da doença”, elementos utilizados no conceito.

Assim, na medicina, o que é saúde continuava sendo uma pergunta sem resposta exata. Isso porque:

[...] a saúde é um problema simultaneamente filosófico, científico, tecnológico, político e prático. Diz respeito a uma realidade rica, múltipla e complexa, referenciada por meio de conceitos, apreensível empiricamente, analisável metodologicamente e perceptível por seus efeitos sobre as condições de vida dos sujeitos (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 15).

Desse modo, percebe-se que conceituar saúde não é tão simples quanto parece. Almeida Filho (2011), em sua obra, destaca que a saúde pode ser analisada sob vários aspectos, por isso constrói sua argumentação em seis vieses, sendo eles: saúde como fenômeno, saúde como medida, saúde como ideia, saúde como valor, saúde como campo de práticas e, por fim, saúde como síntese.

O autor introduz sua argumentação fazendo referência à saúde como problema, pois destaca que ela sempre foi objeto da filosofia, referenciada na obra de muitos filósofos, tais como Platão, que na obra *A República* defendia a diferença entre virtude e vício, sendo a virtude relacionada à saúde e a beleza, enquanto que o vício relacionado ao feio, à doença. Aristóteles, por sua vez, tratava da saúde e da doença, ambas como um aspecto afirmativo, pois tanto o homem sadio estava dotado dessa qualidade afirmativa, enquanto que o homem doente também era dotado de uma qualidade afirmativa, a doença (ALMEIDA FILHO, 2011).

Kant, na obra *O Conflito das Faculdades*, publicada em 1798, traz duas questões relativas à saúde, uma que diz respeito à oposição dialética entre terapêutica (clínica referida à doença) e dietética (preventiva, referida à saúde); a

segunda questão implicaria o sentimento de saúde como uma das faculdades privativas do ser humano. Por fim, o autor lembra de Gadamer, para o qual por seu caráter privado, pessoal, radicalmente subjetivo, a saúde não constitui questão filosófica e nunca poderá ser reduzida a objeto da ciência (ALMEIDA FILHO, 2011).

Pelo que se pode perceber, o conceito de saúde é muito mais amplo do que se pode imaginar e levanta, segundo Almeida Filho (2011), algumas questões inquietantes, tais como: será a saúde uma coisa? Um algo com materialidade? Um ente provido de concretude? dentre outras. Em resumo, para o autor, essa multiplicidade de facetas e conceitos de saúde, tratada sempre por diversos autores de formas tão diferentes, representando diferentes escolas do pensamento, compõem o objeto de seu estudo, que pode esquematicamente ser resumido e exposto nos seguintes termos:

1. Saúde como fenômeno; fato, atributo, função orgânica, estado vital individual ou situação social, definido negativamente como ausência de doenças e incapacidade, ou positivamente como funcionalidades, capacidades, necessidades e demandas.
2. Saúde como metáfora; construção cultural, produção simbólica ou representação ideológica, estruturante da visão de mundo de sociedades concretas.
3. Saúde como medida; avaliação do estado de saúde, indicadores demográficos e epistemológicos, análogos de risco, competindo com estimadores econométricos de salubridade ou carga de doença.
4. Saúde como valor; nesse caso, tanto na forma de procedimentos, serviços e atos regulados e legitimados, indevidamente apropriados como mercadorias, quanto na de direito social, serviço público ou bem comum, parte da cidadania global contemporânea.
5. Saúde como práxis; conjunto de atos sociais de cuidado e atenção a necessidades e carências de saúde e qualidade de vida, conformadas em campos e subcampos de saberes e práticas institucionalmente regulados, operado em setores de governo e de mercados, em redes sociais e institucionais (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 27).

O autor especifica esses diversos conceitos de saúde para, ao final da sua obra, propor um conceito holístico de saúde, integrador das diversas facetas, modos e estruturas. Antes de especificar sobre o conceito proposto por ele, importante destacar alguns elementos que chamam atenção nesse universo tão amplo que busca conceituar a saúde.

Chama atenção, inicialmente, o conceito de saúde como fenômeno, pois nele a saúde pode ser vista, segundo Almeida Filho (2011, p. 29), como “fato, evento, estado, situação, condição ou processo”. E, ainda, esse conceito leva em conta níveis de referência ou planos de existência, ou seja, “fenômenos de saúde ocorrem em níveis coletivos (populacional ou social) e individual (subjetivo ou clínico)” (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 29). Assim, desde já é preciso destacar que a saúde, para a medicina, uma vez que o autor referenciado é médico, possui um campo individual e não somente deve ser vista como coletivo.

Outro ponto que merece destaque é o trabalhado pelo autor quando trata do conceito de saúde como medida, momento em que fica claro que o estado de saúde é um conceito multidimensional e não pode ser considerado somente como ausência de doença, pois:

Sabemos que indivíduos funcionais e produtivos podem ser portadores de doenças, mostrando-se muitas vezes profusamente sintomáticos ou portadores de sequelas e incapacidades parciais. Outros sujeitos apresentam limitações, comprometimentos, incapacitações e sofrimentos sem qualquer evidencia clínica de doença. Além da mera presença ou ausência de patologia ou lesão, precisamos considerar a questão do grau de severidade das doenças e complicações resultantes, com repercussões sobre a qualidade de vida dos sujeitos. Em uma perspectiva rigorosamente clínica, portanto, saúde não seria o oposto lógico da doença, por isso estado de saúde não poderia de modo algum ser definido como “ausência de doença” (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 54).

Mas, voltando ao conceito de saúde proposto pelo autor, conforme dito acima, é proposta uma concepção que, segundo ele é holística de saúde, onde se devem levar em conta vários fatores identificados por ele simbolicamente, tais como organismo-grupo-população-ambiente, que pode significar sujeito-família-sociedade-cultura. Assim, ele chama a primeira de ordem hierárquica biodemográfica e a segunda de ordem hierárquica sociocultural.

A principal conclusão do autor é exposta na afirmativa de que a possibilidade de estudo com rigor teórico do conceito de saúde, tratada de forma plural, necessita considerar o potencial de descoberta e de significados acumulados nas ciências sociais e de saúde. Assim, para Almeida Filho (2011, p. 139) “não se pode falar da saúde no singular, e sim de várias “saúdes”, a depender das ordens hierárquicas, dos níveis de complexidade e dos planos de emergência considerados”. Desse

modo, fica evidente que, para o autor, a saúde não é simplesmente a ausência de doença.

Por esta razão é que o conceito da OMS acima transcrito vem sendo expandido cada vez mais para incorporar as dimensões física, emocional, mental, social e espiritual do homem. Atualmente, compreende-se que a saúde não é um fenômeno isolado, mas o resultado da interação de todas as condições em que vive a população, como argumenta Pereira (2014, p. 65):

Não se pode considerar o indivíduo fora de sua realidade, econômica, social e ambiental. O clima, o tipo de moradia, a qualidade da água consumida, a possibilidade dos tratamentos dos dejetos domésticos, o ar que se respira, a degradação social ou a desnutrição, estilos de vida pessoais e formas de inserção de diferentes parcelas da população no mundo do trabalho. A saúde é produto e parte do estilo de vida, das condições de existência e do equilíbrio das diversas dimensões do homem.

Sendo, então, a saúde resultante de diferentes dimensões, para se chegar ao seu melhor conceito, imprescindível observar o ser humano como um todo, suas condições de vida, de habitação, de trabalho e de acesso aos serviços de saúde. Trata-se, portanto, de um alargamento conceitual e, somente a partir dele se podem pensar boas políticas públicas, direcionadas a garantir a saúde dos indivíduos, entendendo que, muitas vezes, alcançar este estado exigirá melhorar a qualidade e condições de vida da população. Isso por que:

A incorporação à base jurídico-legal do SUS de uma concepção ampliada de saúde que inclui os condicionantes econômicos, sociais, culturais e bioecológicos e uma visão abrangente e integrada das ações e serviços de saúde, busca superar a visão dominante de focar a saúde pela doença, sobretudo nas dimensões biológica e individual. Sem negar o peso e a importância das doenças na configuração de sistemas de saúde e na consequente oferta de ações (VASCONCELOS; PASCHE, 2012, p. 532).

No mesmo sentido, ao tratar da equidade na saúde, Sen (2010, p. 74), acrescenta:

Equidade na saúde não pode se preocupar somente com a saúde, isoladamente. (...). Equidade na saúde com certeza não se refere apenas ao acesso à saúde, muito menos ao enfoque ainda mais restrito do acesso aos serviços de saúde. Na verdade, equidade na

saúde como conceito tem um alcance e uma relevância extremamente amplos.

Assim, o conceito de saúde engloba a própria noção de justiça, pois qualquer teoria de justiça social que busque uma distribuição de bens e riquezas na sociedade de forma equitativa, preocupada em dar ao ser humano condições de desenvolver suas capacidades, precisa lembrar sempre da importância da saúde para que o crescimento individual e social seja possível.

Importante também destacar, que o preâmbulo da Constituição da OMS acrescenta ao conceito elencado o atributo de fundamentalidade e, mais ainda, destaca a responsabilidade dos Governos na garantia de saúde, senão vejamos:

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. (...). Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Por tudo que foi exposto, resta claro que, em busca de uma melhor abordagem para políticas de saúde deve-se levar em conta uma série de fatores ligados ao indivíduo singularmente considerado, ou seja, que não são apenas sociais e econômicos, mas também uma variedade de outros parâmetros, “como deficiências pessoais, predisposições individuais e doenças, riscos epistemológicos de regiões específicas, influência de variações climáticas etc.” (SEN, 2010, p. 86).

Ademais, tendo em vista a caracterização constitucional do direito à saúde, fica evidente que o próprio texto legal já elenca a forma de atuação estatal, por meio de políticas públicas para garantia de direitos fundamentais sociais. Concretamente, cabe ao Estado a promoção da dignidade assegurando prestações materiais que possibilitem um maior número de liberdades para que os seres humanos desenvolvam seu projeto racional de vida e sua personalidade. O resultado é a realização e eficácia do texto constitucional, deixando seu caráter meramente retórico.

Os direitos fundamentais são, portanto, uma garantia de vida melhor que foi concedida pelo constituinte a todos os seres humanos. Eles são posições jurídicas essenciais a todas as pessoas, porque decorrentes, de uma forma ou de outra, da

sua dignidade. Desse modo, os direitos sociais fundamentais possuem uma tríplice característica: o Estado está obrigado a proporcioná-los aos indivíduos, ou a todos eles; eles são (frisa-se, todos eles) um mínimo indispensável, sem eles não há condições de vida digna e, ainda, eles são direitos essenciais para todas as pessoas.

Logo, desde já se pode concluir que não há diferença substancial entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, pois todos exigem uma conduta do Estado, comissiva ou omissiva, em menor ou maior grau. Assim, todos os direitos fundamentais são essenciais. E, mais ainda, a garantia de todos e de cada um é necessária para promoção da dignidade da pessoa humana, pois eles fazem parte de um mínimo necessário para a existência em condições de dignidade.

Assim, em que pese a divergência aqui apresentada em relação à historicidade, estrutura, características e fundamentalidade dos direitos sociais, entende-se que, no Brasil, a dúvida encontra resposta no próprio texto Constitucional, que não faz distinção entre os direitos, concedendo aos direitos sociais aplicabilidade imediata e vinculando os Poderes Públicos a sua mais ampla garantia por meio de uma ação, determinada por meio das políticas públicas.

Logo, a garantia desses direitos está diretamente relacionada a concretização de um ideal de justiça social na distribuição dos bens entre os indivíduos. E, se essa garantia de direitos sociais, que se dá a partir da distribuição desses recursos, deve ser feita através de políticas públicas, resta evidente que por trás dessas políticas públicas deve existir um ideal de justiça distributiva.

Antes de se analisar qual parâmetro de justiça pode ser proposto como ideal a ser utilizado na elaboração de políticas públicas para garantia de direitos sociais faz-se imperioso o estudo dos aspectos que envolvem o próprio conceito de políticas públicas, o que será feito a partir do próximo capítulo.

## 2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO À SAÚDE

Como foi explanado no capítulo anterior, a saúde, conforme previsão Constitucional, deve ser garantida por meio de políticas públicas. Portanto, inicialmente, pretende-se, no presente capítulo, explorar o conceito e a caracterização desse instrumento para garantia de direitos fundamentais sociais.

Depois, analisar-se-á propriamente o Sistema Único de Saúde – SUS, política pública criada por ocasião da promulgação da CRFB/88 para garantia de saúde do cidadão brasileiro, para o qual passou-se, em tese, a oferecer acesso integral, universal e gratuito a serviços de saúde.

Por fim, o estudo voltar-se-á à análise da Política Nacional de Medicamentos (PNM), parte integrante das ações do SUS e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), que constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população.

Assim, o presente capítulo se propõe ao aprofundamento acerca do tema políticas públicas, com ênfase no SUS e na distribuição de medicamentos.

### 2.1 CONCEITO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O tema políticas públicas vem ganhando crescente destaque desde o final do século passado e começo do presente, assim como todos os aspectos que o envolvem, tais como as instituições e regras que regem o processo de elaboração, implementação e controle de políticas, como também os seus legítimos destinatários.

No Brasil, o tema possui crescente importância por muitos motivos, dentre os quais está o fato de que não basta a CRFB/88 prever uma enorme gama de direitos sociais sem que se compreenda como os Poderes Públicos e os órgãos do Estado devem atuar para concretizar, na prática, esses direitos.

Nesse sentido, de acordo com o modelo de Estado Social de Direito, adotado a partir da CRFB/88, o Estado sai da posição de mero expectador e passa a intervir no campo econômico e social, tornando-se sujeito ativo do desenvolvimento e da justiça social, devendo garantir todas as necessidades básicas do ser humano, sem

discriminação e em sua melhor forma de eficácia. Ou seja, toda ação do Estado deve estar direcionada para concretização dos seus fins característicos, sendo, esta, inclusive, a exigência dos fundamentos da República, especialmente da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, devem-se compreender as políticas públicas como uma categoria normativa, com a função jurídica de realizar a intermediação dos anseios da sociedade diante do Estado e dos governos, buscando esquematizar os interesses de todos os seguimentos sociais e os interesses dos indivíduos para uma concreta realização de direitos.

Política pública é um elemento ainda novo na seara jurídica, mas o seu estudo demonstra sua total relevância como instrumento para que o direito deixe de figurar apenas no plano formal para tornar concreto o conteúdo das normas jurídicas aos cidadãos. Essa é uma característica indispensável para o Estado Social, gestado no século XIX, no qual se funda a República Federativa do Brasil, que traz consigo um novo conceito de cidadania afluído no século XX (SMANIO, 2015).

Igualmente, a partir do século XIX, toma força a corrente econômica vigente até os dias atuais, na afirmação da necessidade de intervenção do Estado na economia, de modo a atenuar as desigualdades econômicas, os contrastes sociais e melhorar o bem-estar das pessoas. A teoria do Estado Social se caracteriza por esta atuação estatal na garantia do mínimo necessário às pessoas, garantia de direitos e adoção de políticas públicas com efeitos redistributivos (SMANIO, 2015).

Mas, então, como se pode definir o que é política pública?

Políticas públicas são arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa. Referem-se a institutos diversos com incidências em várias áreas do conhecimento e atuação humana, por isso também o direito deve conhecer e descrever, pois elas norteiam toda a atividade do Estado, para consecução de direitos das pessoas (SMANIO, 2013). Nesse contexto, as políticas públicas devem ser entendidas como categorias jurídicas normativas, assim como os princípios jurídicos e as regras jurídicas.

As políticas públicas são, portanto, instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo como objetivo proporcionar condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. Dworkin (2002, p. 37), conceitua políticas públicas como:

[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).

Esse conceito traz em si uma importância fundamental, pois, segundo destaca Smanio (2013, p. 5), “[...] ainda nos EUA, coube a Ronald Dworkin, no final da década de 1970, o entendimento de que o tema Políticas Públicas também deveria caber na Teoria Geral do Direito”, isso porque o tema, nos EUA, está relacionado à Ciência Política, com ênfase sobre o processo de tomada de decisões governamentais em assuntos relacionados a políticas públicas.

Assim, não restam dúvidas a respeito do interesse jurídico deste conceito, dado o caráter do nosso Estado Social e a imposição da nossa Constituição. A realidade social, atualmente, impõe ao Estado uma grande gama de atividades em prol da garantia da cidadania e efetivação de direitos sociais fundamentais, aqui entendidos como um mínimo indispensável para uma vida digna. “O Estado Social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programas de ação” (GRAU, 2005, p. 26).

Neste mesmo sentido, Bucci (2006, p. 39) assevera que Políticas Públicas são:

Programas de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Desse modo, as políticas públicas sociais, de responsabilidade, especialmente, dos Poderes Legislativo e Executivo, são a via primeira de materialização dos direitos sociais fundamentais e normas constitucionais definidoras de tais direitos e são, ainda, mais do que simples programas de governo, uma vez que se caracterizam como verdadeiras normas jurídicas, dotadas, assim, de imperatividade.

Nesse sentido, “não há como não fixarmos um conceito jurídico de políticas públicas, pois estas são também fenômeno jurídico, que pode ser realizado,

executado, controlado, enfim efetivado juridicamente” (SMANIO, 2013, p. 10). Restando, portanto, evidente a necessidade de compreendê-las na presente dissertação, para, então, discutir a justiça das ações de garantia do direito à saúde.

E ainda:

O Estado assume a tarefa de proporcionar prestações necessárias e serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, por meio da realização de fins materiais. Para cumprir os ideais de Estado Social, a ação dos governantes deve ser racional e planejada, o que ocorre por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. As políticas públicas, definidas como programas de ação governamental voltados à concretização dos direitos fundamentais, [...] (DUARTE, 2013, p. 16-17).

Portanto, o Estado deve ter atuação decisiva na formulação das políticas públicas voltadas para realização de direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, diminuição de desigualdade na aquisição de serviços públicos a partir do planejamento, com a utilização de instrumentos de participação social, fomentando o debate sobre os assuntos relevantes para a população. E, após isso, deve atuar na execução dessas medidas com vistas à eficiência e adequação, além de trabalhar sempre com a transparência de modo que os cidadãos possam controlar o alcance dos objetivos e metas almejadas.

A redemocratização do País faz aumentar a percepção de que a concretização de muitos direitos depende de uma atuação eficaz dos Poderes e Órgãos do Estado e tudo isso envolve uma boa gestão governamental. Logo, políticas públicas eficazes devem ser elaboradas e realizadas pelo Estado, em parceria com a sociedade civil organizada e devem, sobretudo, serem fiscalizadas em suas formas de consecução, por isso o papel dos Poderes da República, assim como de outros órgãos e instituições, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, passou a ser discutido diante da necessidade de implementação de Políticas Pública e garantia de direitos (SMANIO, 2013).

Elaborado o conceito de políticas públicas e determinado seu alcance e interesse jurídico, especialmente como instrumentos para consecução dos objetivos constitucionais, a necessidade se volta à compreensão das estruturas elementares do conceito e, ainda, das etapas de elaboração dessas políticas, pois mais à frente será feito enfrentamento acerca do que o SUS é, enquanto política pública, e o que ele deveria ser, em outras palavras, como ele deveria ser conduzido, na garantia do

direito à saúde relacionado aos problemas do acesso aos medicamentos necessários à saúde dos indivíduos, a partir de um ideal de justiça distributiva, mais precisamente o ideal de Rawls complementado por Sen.

### **2.1.1 O ciclo das políticas públicas**

As políticas públicas, tal como caracterizadas acima, sendo parte da atividade estatal para garantia de direitos, são elaboradas pelo administrador e possuem estruturas elementares.

Há, portanto, um procedimento de elaboração que envolve agenda, atores envolvidos, execução, questões orçamentárias, fiscalização, enfim, etapas. A análise dessas etapas é de suma importância para a propositura de uma interpretação ampliada das políticas, que respeite em todas essas fases um ideal de justiça no manejo do bem fundamental que é a saúde, de modo que o resultado da atuação Estatal assegure a dignidade da pessoa humana aos indivíduos singularmente considerados.

Nesse sentido, as políticas públicas podem ser compreendidas como “um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade” (SARAVIA, 2006, p. 28). Deve haver, portanto, na elaboração de uma política, uma enorme preocupação com a adequada e justa distribuição e redistribuição de bens, no sentido de reduzir as desigualdades sociais. Assim, as políticas públicas são ações organizadas e que promovem uma mudança em uma realidade. Por isso, conforme Saravia (2006):

É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. A finalidade última de tal dinâmica – consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas – constitui elemento orientador geral das inúmeras ações que compõem determinada política (SARAVIA, 2006, p. 28-29).

Saravia (2006) elenca sete etapas sequenciadas como sendo as que compõem o ciclo das políticas públicas, a saber: a formação da agenda, a elaboração, a formulação, a implementação, a execução, o acompanhamento e, por fim, a avaliação.

Nessa abordagem, a formação da agenda é a inclusão de um pleito ou necessidade social na lista de prioridades do poder público, é transformar o objeto em debate público. A elaboração consiste na identificação e delimitação de um problema atual ou potencial da comunidade, bem como especificação de alternativas viáveis e possíveis para solução; nessa etapa está incluída discussão acerca dos custos e efeitos das medidas. A formulação, por sua vez, é o momento da seleção da alternativa considerada a mais conveniente seguida da declaração que torna clara a decisão adotada.

O ciclo começa a ser mais prático na fase da implementação, caracterizada pelo planejamento e organização dos recursos administrativos e humanos disponíveis. “Trata-se da preparação para pôr em prática a política pública, a elaboração de todos os planos, programas e projetos que permitirão executá-la” (SARAVIA, 2006, p. 34).

Todas essas etapas desembocam na fase de execução e acompanhamento. A primeira relaciona-se às ações que, em conjunto, destinam-se a atingir os fins pretendidos pela política; já a segunda diz respeito ao processo de supervisão da realização da atividade, a partir do qual se podem coletar dados para melhorar a política com a correção de seus desvios. Por fim, a etapa de avaliação, que ocorre após todas as etapas anteriores presta-se a mensuração e análise dos resultados obtidos.

Duarte (2013), por sua vez, identifica uma série de etapas integrantes do ciclo das políticas públicas, destacando as seguintes:

(a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas; (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados; (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gasto de recursos e aprovação de leis; (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona ou não; (e) fiscalização e controle da execução da política por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público (DUARTE, 2013, p. 26).

Qualquer que seja a divisão doutrinária utilizada, é importante registrar que, na formulação da política pública, a racionalidade deve sempre ser buscada na atuação estatal, pois o planejamento racional é o que favorecerá o alcance de

melhores resultados. Para tanto, faz-se necessária uma ampla e completa análise do problema a ser enfrentado, dos meios disponíveis, das realidades sociais, de modo que exista sempre uma relação adequada entre os caminhos a percorrer e os resultados que se pretendem alcançar.

A etapa de implementação, também tratada como fase de execução por alguns autores, deverá observar as diretrizes determinadas na etapa anterior, observar também que muitos princípios e diretrizes estão insculpidos na Constituição na forma de exigências legais. Assim, a implementação de políticas públicas nunca poderá estar desatrelada do momento primeiro onde serão delineados seus objetivos.

Na etapa de avaliação, serão verificados os impactos da política na realidade concreta, de modo a aferir se os objetivos pretendidos estão sendo executados de forma ao alcance do resultado esperado. Esse momento é de suma importância, pois analisar a eficácia de uma política é indispensável ao confronto entre o que ela está sendo e os objetivos aos quais ela se direciona. A avaliação pode ser feita a partir de critérios objetivos, bem como se utilizar de auditorias e dados estatísticos.

Os critérios objetivos permitem a realização de um julgamento, nas palavras de Duarte (2013, p. 32), no sentido de “se e por que uma política é preferível à outra. É preciso aferir se as metas, os meios e a forma de execução da política estão sendo realizados de acordo com os ditames constitucionais”.

A última etapa, na visão de Duarte (2013) seria, então, a fiscalização e controle das políticas públicas. Essa etapa pode ser realizada a partir da atuação de diversos setores. Desse modo, Duarte (2013, p, 32) enfatiza:

A sociedade civil, por meio dos Conselhos Gestores de Políticas Públicas, de Audiências Públicas e mecanismos de pressão variados, exerce papel importante na fiscalização do cumprimento da política. Já o controle exercido pelos Tribunais de Contas, instituídos pela Constituição como órgãos auxiliares do Poder Legislativo, abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos gastos públicos, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (CF/88, arts. 70 e 71), ou seja, está voltado, sobretudo, aos aspectos formais dos gastos. Já a atuação do Ministério Público destaca-se na esfera da exigibilidade judicial das políticas públicas.

Por todo exposto, verifica-se que o ciclo de políticas envolve escolhas, decisões, ações, controle, retorno e diversos problemas, que, mesmo entendendo se

tratar de um recurso metodológico, se realizado de maneira correta e eficaz os benefícios serão colhidos pela sociedade.

Somado a tudo isso, outra lição relevante sobre as Políticas Públicas é de que elas visam à garantia de direitos de todos e de alguns grupos, segundo Dias (2003, p. 121), o instituto engloba “[...] Sistematizações de ações do Estado voltadas para consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado”. Assim, as políticas públicas, embora visem à satisfação de direitos da sociedade em geral, são também resultado da manifestação de vontade de determinados grupos.

Portanto, não possuem somente um aspecto geral, surgem como resultados da necessidade de solucionar problemas de determinados grupos, atendendo às expectativas de grupos específicos. Além disso, tendo em vista a caracterização do direito à saúde e o imperativo de dignidade da pessoa humana, o Estado deve planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam saúde de todas as pessoas, no sentido coletivo, mas deve também garantir a saúde de cada pessoa individualmente considerada, de acordo com suas necessidades individuais.

## 2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE: O SUS

Conforme citado anteriormente, o conceito de saúde evoluiu ao longo do tempo. Nesse sentido, o iluminismo produziu mudanças no que diz respeito ao binômio saúde/doença. Os ideais de liberdade e igualdade refletiram na necessidade de proteção do mais fraco. Na Inglaterra, em 1975 foi promulgado um ato que assegurou assistência médica e sanitária – *Public Health Act*. Assim, tinha início naquele momento um movimento de maior intervenção do Estado nas políticas de saúde, o que teve seu auge mais evidente no século XX, como dito, com o fortalecimento dos direitos sociais e do papel do Estado na garantia desses direitos (BARROS, 2006).

No Brasil, como destaca Cohn et al (2015), o fato de a atenção médica estar ligada à previdência social lhe oferta uma especificidade, fruto de suas raízes históricas, o que reflete na questão da busca de equidade no direito dos indivíduos à garantia do direito à saúde. Historicamente, a intervenção do Estado na área de seguridade social está relacionada à garantia de saúde dos trabalhadores

assalariados, sendo que a primeira Caixa de Aposentadorias e Pensões (CAP) foi criada em 1920 para os ferroviários.

Na evolução histórica, as décadas de 1970 e 1980, destaca Cohn et al (2015, p. 27):

[...] são fecundas em estudos diagnósticos, analíticos e propositivos sobre as questões da saúde no Brasil. Inquestionavelmente o movimento da reforma sanitária conta com a liderança de intelectuais da área da saúde coletiva, congregando estudiosos da saúde pública e da medicina social, e de profissionais do setor público de saúde. Mas, se tal fato imprime uma marca na larga produção da área – textos militares com forte teor de denúncia – por outro lado redundam na formulação de propostas para o setor que buscam viabilizar a constituição da saúde como um direito do cidadão brasileiro. Essas proposições nucleares ao momento repousam seus princípios articuladores na estatização dos serviços de saúde, na constituição do Sistema Único de Saúde, na descentralização, na universalização e na equidade do direito à saúde.

A CRFB/88, após um longo processo evolutivo<sup>17</sup>, integrou o direito à saúde na ordem social como um direito de todos e dever do Estado. Tal direito está disciplinado no Título VIII – Da Ordem Social, no capítulo II, Seção II, nos artigos 196 a 200 da ordem Constitucional vigente, devendo ser garantido por meio de políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

Assim, pode-se afirmar que a saúde passou a ser considerada como um direito no Brasil a partir de 1988, “graças à mobilização de vários setores da sociedade em um movimento denominado Reforma Sanitária (SOUSA, 2012). Foi assim que as demandas de saúde foram atendidas na ocasião da criação do SUS, pois:

[...] anteriormente, o direito à saúde era concebido como componente da seguridade social, e não cidadania. Assim, somente aos trabalhadores eram dirigidas as ações sanitárias e, ainda assim, com a perspectiva de cura – não se atuava no sentido de prevenção e promoção. Ao resto da população cabia a sorte – no que concerne o

---

<sup>17</sup> Somente a partir da Constituição de 1988 a saúde foi elevada à condição de direito fundamental. As Constituições do Brasil de 1890, 1934, 1937, 1946 e 1967 não trataram a saúde na forma universal, tendo, inclusive, confundido a assistência à saúde com assistência social. O processo de mudança iniciou-se em plena ditadura militar, com o movimento sanitarista para o desenvolvimento de uma política de saúde democrática, descentralizada e universal.

direito à saúde – à caridade, a exemplo das Santas Casas de Misericórdia (SOUSA, 2012).

Dada a importância do direito à saúde, há também no Texto Constitucional outras disposições que o protegem, como por exemplo, o artigo 23, II, ao consignar que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública; o artigo 24, XII, que estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a proteção e defesa da saúde; e o art. 194, que trata sobre a seguridade social, que por sua vez compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A disposição mais específica é a do o artigo 196 que prevê:

Art. 196. 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 e recuperação (BRASIL, 1988).

Piola et al (2009, p. 108), destacam que no texto constitucional foram estabelecidos alguns balizamentos relativos às políticas públicas concernentes ao direito à saúde, sendo que o texto:

- Declara a saúde integrante da seguridade social, junto com a Previdência e a Assistência Social (Art. 193).
- Determina a saúde como direito de todos e dever do Estado (Art. 196).
- Define o caráter de relevância pública de ações e serviços de saúde (Art. 197), com o que ficam justificadas sua regulamentação e fiscalização pelo poder público, especialmente pelo Ministério Público (MP).
- Declara a saúde livre à iniciativa privada (Art. 199).
- Define a forma de organização, os princípios, o financiamento e as Competências do SUS e o caráter complementar da participação do setor privado (Arts. 198, 199 e 200).

Ainda para Piola et al (2009), pode-se desdobrar o dispositivo constitucional em destaque, em quatro componentes:

(1) A saúde é direito de todos e dever do Estado, (2) garantido mediante políticas sociais e econômicas (3) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (4) e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (PIOLA et al.,2009, p. 108).

No Brasil, o SUS é a política pública escolhida pelo legislador que deve ser executada pelo Estado para garantia do direito à saúde. O SUS assume destacada condição na ordem jurídico-constitucional brasileira, como garantia institucional essencial. Sobre ele, destaca Sarlet e Figueiredo (2008, p. 11) que:

Tendo sido estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988, que estipulou os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender, além de consistir no resultado de aperfeiçoamentos efetuados a partir de experiências anteriores frustradas e, de outra parte, consistir em reivindicação feita pela sociedade civil organizada, sobretudo no Movimento de Reforma Sanitária que precedeu à elaboração do texto constitucional, o SUS pode ser caracterizado, enfim, como uma garantia institucional fundamental.

Da leitura dos dispositivos constitucionais referidos, fica evidente que o SUS é informado pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade. Assim, desde logo fica claro que não deve haver, na realização da política de saúde, qualquer discriminação relacionada às condições físicas, sociais, raciais ou econômicas, para o acesso gratuito e integral.

A regulamentação do direito à saúde é de responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, solidariamente. Sendo que os dois primeiros, a teor do art. 24, XII da CRFB/88 possuem competência comum e concorrente para tratar da defesa da saúde e da sua proteção e também competência suplementar à legislação da União, conforme § 2º do mesmo artigo. Por sua vez, aos Municípios cabe legislar sobre os assuntos de interesse local, suplementando a legislação federal e estadual, segundo versa o art. 30, VII da CRFB/88.

Importante ressalva faz a própria constituição quando, nos arts. 194, 195 e 198, estabelece que o SUS deve ser custeado pela seguridade social, financiado por toda a sociedade por meio de tributos, o que evidencia seu caráter contributivo, bem como mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar.

Nos Estados, as Constituições ratificam a proteção do direito à saúde; no Estado do Pará o art. 263 da Constituição estabelece a saúde como dever do Estado e direito fundamental de todos, assegurada mediante políticas sociais, econômicas, educacionais e ambientais. Além disso, há um considerável número de leis e normas que regulam as questões da saúde<sup>18</sup>.

O SUS é regido, basicamente, pela Lei nº. 8.080/1990 e Lei nº. 8.142/1990, além da CRFB/88. A primeira, também chamada de Lei Orgânica da Saúde, dispõe sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços, versando sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde. A segunda dispõe sobre a participação democrática no Sistema, bem como sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

A Lei Orgânica da Saúde, logo em seu art. 2<sup>o</sup><sup>19</sup> deixa claro que é instituída com base no preceito constitucional de que a saúde é um direito fundamental do ser

---

<sup>18</sup> Como exemplo, podem ser citadas as leis:

Lei nº. 8.080, 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;

Lei nº. 8.142, de 1990 - Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências;

Lei nº. 12.401, de 2011 - Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS;

Lei nº. 9.313, de 1996 - Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS;

Lei nº. 10.742, de 2003 - Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências;

Decreto nº. 7.508/2011 - Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. (vide art. 26 – Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas);

Decreto nº. 7.646/2011 - Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências;

Decreto nº. 8.077/2013 - Regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. (vide art. 21 – possibilidade de a CONITEC solicitar à ANVISA autorização para uso de medicamentos ou produtos com indicação distinta daquela aprovada no registro – uso “off label”);

Portaria nº. 3.916/GM, de 1998 – Política Nacional de Medicamentos;

Portaria GM/MS nº. 152/2006 - Institui o fluxo para incorporação de tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde;

Portaria GM/MS nº. 3.323/2006 - Institui a comissão para incorporação de tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde e da Saúde Suplementar;

Portaria GM/MS nº. 2.587/2008 - Dispõe sobre a Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde e vincula sua gestão à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; dentre outras.

<sup>19</sup> Art. 2º da Lei nº. 8.080/90. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

humano que obriga o Estado a prover condições indispensáveis ao seu pleno gozo e exercício. Posteriormente, também na Lei da saúde, o SUS é conceituado como um conjunto de ações e serviços, segundo redação do art. 4º:

Art. 4º O 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, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar (BRASIL, 1990).

Por sua vez, da leitura do art. 6º da Lei 8.080/1990 conclui-se que foi adotado conceito amplo de saúde, tal como deve ser, conforme aprofundamento feito no tópico 1.4, anteriormente. Para garantia da saúde em toda sua amplitude conceitual o legislador incluiu ações de assistência terapêutica integral e farmacêutica, vigilância sanitária e epistemológica e preservação da saúde do trabalhador<sup>20</sup>.

Portanto, o SUS está obrigado à assistência farmacêutica na sua integralidade. A dicção legal revela de forma clara que o Estado é responsável pelo fornecimento de medicamentos.

Sobre os princípios reguladores do SUS elencados no art. 7º<sup>21</sup> da Lei da saúde, Prata (2013, p. 254) sintetiza:

---

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

<sup>20</sup> Art. 6º - Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. (...).

<sup>21</sup> Art. 7º- As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade

Os princípios do sistema de proteção à saúde, instituídos pelo art. 196 da Constituição e art. 2º, § 1º, da LOS são a *universalidade, a igualdade e a gratuidade no acesso ao sistema do SUS*.

O *princípio da universalidade* tem por objetivo os titulares do direito à saúde, outorgando a garantia de que toda e qualquer pessoa, no território brasileiro, possa ter acesso gratuito aos serviços de saúde oferecidos pela rede pública de atendimento. (...).

O *princípio da igualdade* garante aos usuários do sistema as mesmas oportunidades de acesso aos serviços de saúde, sem distinções, preconceitos ou privilégios.

(...)

O *princípio da integralidade*, por sua vez, é previsto no inciso II do art. 198 da Constituição e fixa como uma das diretrizes do sistema de saúde pública a totalidade de abrangência de atendimento, em todos os níveis de complexidade, sintetizando desta forma os princípios da universalidade e igualdade.

A universalidade é a grande inovação do SUS, uma vez que anteriormente à existência dessa política os serviços de saúde eram prestados apenas aos contribuintes ou em caráter assistencial social. A inovação do art. 7º da Lei 8.080/90 prevê a universalidade dos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, em consonância com a dicção do art. 196 da CRFB/88, ou seja, a universalidade é a garantia do acesso às ações e serviços de saúde a todos, sem qualquer exceção.

Para Bahia (2005, p, 407), a CRFB/88, ao contemplar um conceito ampliado de saúde e o reconhecimento dos direitos relacionados à cidadania e ao acesso a cuidados e atenção à saúde, organizados pelo sistema único, sob a responsabilidade do Estado e integrante da Seguridade Social, colocou o Brasil entre os países que propugnam a universalização de direitos sociais, o que demonstra o desenvolvimento de uma sociedade democrática.

---

de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos; XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017).

Nesse sentido, a autora destaca que o direito universal à saúde, princípio basilar de um SUS abrangente e inclusivo, “que seria assegurado pela ampliação e diversificação das fontes de financiamento da Seguridade Social, foi pejorativamente designado como utopia” (BAHIA, 2005, p. 409).

O modelo universalista preza que a garantia de acesso aos bens públicos essenciais deve ser tomada como direito do cidadão, independentemente da sua situação social, sem qualquer discriminação. A saúde, no modelo universalista, é responsabilidade do Estado e deve, portanto, ser financiada com recursos advindos dos orçamentos públicos. Ao contrário do modelo focalista, para o qual a concentração de recursos públicos deve ser estabelecida com base nos segmentos mais pobres da população (COHN, 2005, p. 393).

Contudo, na realidade Brasileira, Cohn (2005) destaca que o binômio “universalização e focalização” tem perdido lugar no debate acadêmico atual sobre o SUS e até mesmo na agenda política, para o binômio “inclusão e exclusão social”. Isso porque, para o autor, o SUS enfrenta muitos desafios na sua implantação relacionados à fatores outros que não a ideologia sobre a qual ele foi fundado. Acredita-se que grande parte desses problemas estejam relacionados à necessidade de fortalecimento de um ideal de justiça que efetivamente seja colocado em prática. Isso só será possível quando o Estado entender a concessão do direito à saúde como uma exigência irrenunciável e imprescindível de justiça social à seu cargo.

Em que pese existirem tantas situações pendentes de resposta do Estado, a redação do dispositivo legal é clara. O princípio da universalidade é dirigido a todo o sistema do SUS, em todas as suas atuações, serviços e ações. A todas as pessoas é garantido acesso ao sistema, independente de condicionantes sociais, desde que haja indicação médica, todos podem inscrever-se em listas de transplantes, por exemplo, podem ter acesso a leitos em hospitais e aos medicamentos dos quais necessitam.

Em suma, esclarece Figueiredo (2009, p. 53):

O princípio retoma a noção de titularidade ampla do direito à saúde, como direito fundamental do ser humano. O acesso universal também impõe, ao Estado e aos particulares, a obrigação de não impedirem o acesso do indivíduo aos serviços e às ações de saúde (direito de defesa), assim como de facilitarem tal acesso (direito a prestações). [...] De outra parte, a lei impõe a universalidade de

acesso aos serviços e às ações de saúde em todos os níveis de assistência. [...] A ideia central do princípio da universalidade é a de que todas as pessoas tenham acesso a todo tipo de serviços e ações de saúde oferecidos.

A integralidade, por sua vez, diz respeito aos tipos de serviços disponíveis, refere-se à prestação de serviços preventivos, assistenciais ou curativos. A integralidade, prevista expressamente no art. 198, II da CRFB/88 e no art. 7º, II da Lei 8.080/90, é uma articulação conjunta das ações e serviços preventivos e curativos, que devem ser individuais ou coletivos, de acordo com as exigências de cada paciente, “numa atenção individualizada, em todos os níveis de complexidade do sistema, significa que todas as pessoas têm direito ao atendimento e assistência sempre que necessitarem” (BARROS, 2006, p. 100).

O princípio da igualdade é autoexplicativo, uma vez que consagrado também no art. 5º da CRFB/88. Os serviços de saúde devem ser prestados de maneira uniforme e igualitária a todos os administrados, pois perante a lei todas as pessoas são iguais. O art. 7º, inciso IV, da Lei do SUS assegura igualdade de assistência à saúde e afasta todo e qualquer tipo de privilégio.

Entretanto, ressalva importante é feita por Barros (2006, p. 104), no sentido de que:

O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos, considerando que o tratamento desigual dos casos desiguais é exigência do próprio conceito de justiça, pois o que realmente se protege são as finalidades, ou seja, o elemento discriminador da desigualdade tem que se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

Desse modo, os critérios é que devem ser iguais e não exatamente o tratamento dado às pessoas. Apesar das diferenças pessoais, não se admite diferenciações em relação aos tratamentos acessíveis. Esse princípio protege os indivíduos de qualquer tipo de perseguições ou favoritismos.

Por fim, cabe destacar que os princípios elencados acima convivem em perfeita harmonia com os demais trazidos na Lei, assim como não excluem nenhum outro princípio constitucional, ao contrário, a sistemática da Lei do SUS tem por escopo a garantia do ideal de justiça do Constituinte.

No próximo subtópico, far-se-á o aprofundamento acerca dos debates relacionados à política de assistência farmacêutica do SUS.

## 2.3 A DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

A Assistência Farmacêutica é a área do SUS responsável por garantir à população o acesso aos medicamentos considerados essenciais e promover o uso racional dos mesmos. Esses medicamentos devem ser seguros, eficazes e de qualidade. Nesse sentido, as últimas décadas registram avanços significativos na saúde pública, especialmente no que diz respeito aos processos tecnológicos da indústria farmacêutica. O acesso aos medicamentos indicados tornou-se prática indispensável para o aumento da qualidade de vida e expectativa de vida da população (PORTELA et al., 2010).

Desde a década de 1970 a OMS estimula a elaboração de políticas de promoção ao acesso a medicamentos, recomendando, ainda, a adoção de listas nacionais por seus países membros, destacando-se que a própria OMS faz publicações periódicas de uma lista modelo, considerada como referência a ser adaptada à realidade de cada país a partir das variáveis relacionadas à características locais, perfil epistemológico e disponibilidade de medicamento.

Segundo consta na introdução da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), o Brasil elabora listas de medicamentos desde 1964, antes mesmo da recomendação feita pela OMS. Primeiramente, as atualizações foram realizadas pela Central de Medicamentos (CEME), que, após 1975 passou a receber a denominação de RENAME (BRASIL, 2015, p. 7).

Nesse sentido, Portela et al (2010, p. 10), esclarecem:

Dessa maneira, a listagem de medicamentos essenciais proposta pela RENAME representa um elemento estratégico na política de medicamentos, desde seu surgimento, na época da CEME até os dias atuais, facilitando a organização das listas estaduais (REESME) e municipais (REMUME), as quais devem ser organizadas de acordo com as patologias e os agravos mais relevantes e prevalentes de cada região, além disso, permite a uniformização de condutas terapêuticas, por desenvolver e facilitar o estabelecimento de ações educativas, orientando a prescrição, a dispensação, e o abastecimento de medicamentos [...]

No Brasil, a assistência farmacêutica como direito foi inserida expressamente no art. 6º, *alínea d*, inciso I da Lei 8.080/1990<sup>22</sup>. Desse modo, os serviços de saúde não se esgotam apenas com a prestação de assistências médico-hospitalar, mas também incluem a prevenção de agravos e a assistência farmacêutica.

Nesse sentido, destaca Barros (2006, p. 127):

A assistência farmacêutica é o conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva. Os medicamentos são seus insumos essenciais. A assistência implica a viabilização do acesso, assim como o uso racional dos medicamentos. Envolve também a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.

A Política Nacional de Medicamentos (PNM) foi regulamentada pela Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde, primeiro documento norteador para a Assistência Farmacêutica e política de medicamentos publicada pós-criação do SUS, que estabeleceu entre suas diretrizes e prioridades a adoção e a revisão permanente da RENAME, considerando-a como ferramenta imprescindível para a promoção do uso racional de medicamentos (BRASIL, 2015, p. 7). Pelo que se pode perceber, a evolução da lista oficial de medicamentos acompanhou a própria evolução do SUS.

Nesse sentido, Portela et al. (2010), consideram que:

Aprovada pela Comissão Intergestores e pelo Conselho Nacional de Saúde, a PNM é considerada o primeiro posicionamento formal e abrangente do governo brasileiro sobre a questão dos medicamentos no contexto da reforma sanitária. Formulada com base nas diretrizes da Organização Mundial da Saúde, a PNM expressa as principais diretrizes para o setor com o propósito de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade desses produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais (PORTELA et al., 2010, p. 11).

Mais recentemente, em 2004, foi aprovada, por meio da Resolução 338 do Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, a Política Nacional de

---

<sup>22</sup> Vide nota explicativa número 20.

Assistência Farmacêutica (PNAF), que traz definições sobre a assistência e atenção farmacêuticas, com enfoque na política de medicamentos. Desse modo, a PNAF:

[...] em consonância com as deliberações da 12ª Conferência Nacional de Saúde e da 1ª Conferência Nacional de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica, amplia conceitualmente o escopo de sua atuação para ações de promoção, proteção e recuperação da saúde desenvolvidas no SUS, tendo o medicamento como insumo essencial que deverá ter acesso assegurado com uso racional. A Pnaf ressalta o uso da Rename em um de seus eixos estratégicos, enfatizando a necessidade de sua atualização periódica, para servir como instrumento racionalizador das ações no âmbito da Assistência Farmacêutica (BRASIL, 2015, p. 7).

A Resolução em questão, ao aprovar a PNAF, assim estabelece:

Art. 1º. Aprovar a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, estabelecida com base nos seguintes princípios:

I - a Política Nacional de Assistência Farmacêutica é parte integrante da Política Nacional de Saúde, envolvendo um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde e garantindo os princípios da universalidade, integralidade e equidade;

II - a Assistência Farmacêutica deve ser compreendida como política pública norteadora para a formulação de políticas setoriais, entre as quais destacam-se as políticas de medicamentos, de ciência e tecnologia, de desenvolvimento industrial e de formação de recursos humanos, dentre outras, garantindo a intersetorialidade inerente ao sistema de saúde do país (SUS) e cuja implantação envolve tanto o setor público como privado de atenção à saúde;

III - a Assistência Farmacêutica trata de um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população; (...) (BRASIL, 2004).

Fica evidente, então, que a assistência farmacêutica é parte integrante da política nacional de saúde, portanto não pode ser concebida como simples atendimento de demandas de medicamentos, envolvendo também um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, sendo o medicamento seu insumo essencial. Desse modo, vê-se que a abordagem é ampla e, na presente pesquisa, a análise se volta ao medicamento.

O conceito de insumo farmacêutico pode ser encontrado na PNM, como sendo “Qualquer produto químico, ou material (por exemplo: embalagem) utilizado no processo de fabricação de um medicamento, seja na sua formulação, envase ou acondicionamento”, por sua vez, a mesma Portaria destaca que medicamento é todo “Produto farmacêutico com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico” (BRASIL, 1998). Em outras palavras, “o medicamento é continente de fármaco, sendo este conteúdo daquele e o medicamento é a industrialização e o acabamento que torna o fármaco um produto de mercado, utilizável com fins específicos preventivos ou curativos” (BRANCO, 2017, p. 4).

Assim, a assistência farmacêutica integra o direito à saúde, nos termos da Lei Orgânica da Saúde, e o medicamento é seu insumo essencial; logo, a garantia do direito à saúde está diretamente relacionada ao direito de acesso aos medicamentos necessários para manutenção desse direito fundamental. Nesse sentido, o próprio acesso à saúde dos indivíduos importa acesso ao medicamento necessário e adequado para uma finalidade determinada, na sua dosagem certa, pelo tempo necessário e cuja responsabilidade de fornecimento é dever primeiro do Estado.

Portanto, o estudo do fornecimento de medicamentos está relacionado à discricionariedade do Estado na dinâmica da elaboração e execução de políticas públicas, assim como relaciona-se, em um lado oposto aos argumentos restritivos utilizados pelo Estado e que serão tratados adiante, com as próprias características do direito fundamental à saúde. Se, por um lado o Estado deve criar políticas públicas para o atendimento à população, por outro, em face do caso concreto, exsurge um direito subjetivo e fundamental protegido constitucionalmente, que afasta qualquer formalidade e burocracia de atendimento.

No Brasil, o acesso à assistência farmacêutica é discutido, muitas vezes, por sua ineficácia. Torna-se evidente que muitos fatores colaboram para a crise do sistema de saúde brasileiro, especialmente no que diz respeito ao acesso dos indivíduos aos medicamentos e serviços que são essenciais para manutenção da saúde. Em 1998, quando foi editada a Portaria regulamentadora da PNM, esta realidade já era latente, tanto que o Ministério da Saúde cuida, desde logo, de justificar sua criação, após analisar os diferentes perfis populacionais nas diversas regiões, fatores tais como o envelhecimento populacional, dentre outros, afirma:

(...) Este cenário é também influenciado pela desarticulação da assistência farmacêutica no âmbito dos serviços de saúde. Em decorrência, observa-se, por exemplo, a falta de prioridades na adoção, pelo profissional médico, de produtos padronizados, constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Some-se a isso a irregularidade no abastecimento de medicamentos, no nível ambulatorial, o que diminui, em grande parte, a eficácia das ações governamentais no setor saúde (BRASIL, 1998, não paginado).

Nesse cenário, foram adotadas algumas diretrizes para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível. Dentre essas diretrizes, foi adotada a RENAME, como dito, como um instrumento de ação do SUS à contemplar os produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias que mais se destacavam no país.

Os medicamentos essenciais são aqueles que satisfazem as necessidades prioritárias de saúde da população e, ainda, podem ser conceituados como sendo “aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem” (BRASIL, 1998).

Ademais, voltando às diretrizes da PNM, ainda em relação à primeira diretriz, que trata da adoção de relação de medicamentos essenciais, há a previsão de um processo contínuo de atualização da RENAME, com ajustamento às realidades locais, às doenças mais comuns à determinada população, segundo critérios epistemológicos.

Além dessa diretriz, foram dispostas mais sete, dentre elas a necessidade de regulamentação sanitária dos medicamentos, a qual engloba o registro de medicamentos, autorização para funcionamento de empresas e estabelecimento, assim como as limitações ao uso de produtos que se revelarem inadequados, a partir de informações da farmacovigilância.

A terceira diretriz está relacionada à reorientação da assistência farmacêutica, com objetivo de que não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos, mas seja implementada estrutura ampla de acesso da população aos medicamentos essenciais.

Por sua vez, a quarta diretriz trata da promoção do uso racional de medicamentos, e está voltada à atividade educativa dos usuários, inclusive, relacionada aos riscos da automedicação, por exemplo. A quinta diretriz trata do

desenvolvimento científico e tecnológico, e fomenta uma revisão constante das tecnologias disponíveis na produção de fármacos, especialmente os constantes da RENAME, com forte estímulo à produção nacional, isso porque considera que a oferta de medicamentos está diretamente relacionada com a pesquisa e o desenvolvimento.

A sexta diretriz é estabelecida como promoção e produção de medicamentos, com objetivo de concentrar esforços para estabelecer atividade articulada de produção de medicamentos da RENAME. Por essa diretriz busca-se que a capacidade dos laboratórios oficiais seja utilizada, preferencialmente, no atendimento das necessidades dos medicamentos essenciais, especialmente os relativos à atenção básica, com vistas a suprir as demandas do SUS.

Ademais, ainda há a previsão de garantia de segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, tudo em cumprimento à legislação sanitária e, por fim, a oitava e última diretriz volta-se ao desenvolvimento e capacitação de recursos humanos, que deve ser contínuo e envolver diferentes planos, programas e atividades da política nacional de medicamentos, de responsabilidade das três esferas gestoras do SUS.

Embora tenha havido um longo histórico de iniciativas para elaboração da RENAME, esta somente passa a contar com um processo sistemático de atualização que se baseia em evidências científicas em 2005, momento em que o Ministério da Saúde criou a Comissão Técnica Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (COMARE), que se responsabilizou pelas atualizações da lista de 2005 a 2011 (NASCIMENTO JÚNIOR et al., 2015, p. 3356-3357).

Ademais, o Brasil criou, motivado pelos avanços do emprego da avaliação crítica da literatura para tomada de decisão em saúde e pela Lei nº. 12.401 de abril de 2011, a instância oficial responsável pela análise das tecnologias em saúde no âmbito do SUS, a denominada Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), com a função de assessoramento do Ministério da Saúde sobre os pedidos relacionados à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde, tendo sido instituída pelo Decreto de nº. 7.646 de 21 de dezembro de 2011. A partir daí, a RENAME passou a ser revisada com igual método de avaliação das tecnologias em saúde, na Subcomissão Técnica de Atualização da RENAME e do Formulário Terapêutico Nacional (FTN), ligada à CONITEC (NASCIMENTO JÚNIOR et al., 2015, p. 3357).

Outrossim, tratando-se de acesso universal e igualitário aos medicamentos, o conceito de RENAME é ampliado e a relação passa a abarcar a seleção e a padronização de todos os medicamentos indicados para o atendimento das doenças e dos agravos no que diz respeito ao âmbito do SUS. Portanto, na RENAME, estão dispostos todos os medicamentos disponibilizados aos usuários do SUS. A última atualização da RENAME foi em julho 2017, por meio da Portaria nº. 1.897, de 26 de julho de 2017, do Ministério da Saúde.

A RENAME está dividida em quatro seções, de A, B, C e D. Na seção A, a RENAME apresenta cinco anexos, sendo eles: I – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico; II – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico; III – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado; IV – Relação Nacional de Insumos; e V – Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar. Na seção B, os itens são apresentados de acordo com o sistema de classificação Anatômica Terapêutica Química (*Anatomical Therapeutic Chemical classification system*) recomendado pela Organização Mundial da Saúde, organizados de acordo com o Grupo Principal Anatômico – 1º nível do sistema. Na seção C, os itens são apresentados em ordem alfabética, com a descrição do componente de financiamento da assistência farmacêutica ao qual pertencem e seus respectivos códigos ATC. E, por fim, na D são apresentadas as modificações da lista em relação à edição anterior, organizadas de acordo com as inclusões, exclusões e alterações, bem como as recomendações de não inclusão de medicamentos. (BRASIL, 2017, p. 13).

A portaria do Ministério da Saúde, nº. 204, de 29 de janeiro de 2007, com objetivo de regulamentar o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle, estabelece, no art. 24<sup>23</sup>, que o bloco de financiamento para Assistência Farmacêutica será constituído por três componentes, sendo eles: componente básico, estratégico e especializado.

A Portaria do Ministério da Saúde de nº. 1.555, de 30 de julho de 2013, define as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção

---

<sup>23</sup> Art. 24 da Portaria nº. 204 de 29 de janeiro de 2007, do Ministério da Saúde - O bloco de financiamento para a Assistência Farmacêutica será constituído por três componentes: I - Componente Básico da Assistência farmacêutica; II - Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; e III - Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Redação dada pela PRT GM/MS nº 2.981 de 26.11.2009).

Básica. A Assistência Farmacêutica na Atenção Básica em Saúde é parte da PNAF que envolve um grupo de ações desenvolvidas de forma articulada pelo Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde e do Distrito Federal, para garantir o custeio e o fornecimento dos medicamentos e insumos essenciais presentes na RENAME vigente, destinados ao atendimento dos agravos prevalentes e prioritários da Atenção Básica.

O art. 26<sup>24</sup> da Portaria nº. 204/2007 do Ministério da Saúde, por sua vez, estabelece que o componente estratégico da assistência farmacêutica se destina ao financiamento de ações de assistência de determinados programas de saúde, todos estratégicos. Desse modo, observa-se que, para o Ministério da Saúde, são considerados como estratégicos todos os medicamentos utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas e que possuam impacto socioeconômico.

Por fim, a Portaria do Ministério da Saúde de nº. 1.554, de 30 de julho de 2013, dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. O art. 2<sup>o</sup><sup>25</sup> da Portaria estabelece que o Componente Especializado é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, cujas linhas de cuidado estão definidas e publicadas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), disponíveis pelo Ministério da Saúde.

Retomando o conceito de essencialidade dos medicamentos, clara está a importância desta lista de medicamentos, pois ela racionaliza e prioriza as ações, cumpre papel norteador das políticas e serviços de assistência farmacêutica. São, portanto, “medicamentos que encontram razões científicas o suficiente que justificam

---

<sup>24</sup> Art. 26 da Portaria nº. 204 de 29 de janeiro de 2007, do Ministério da Saúde - O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica destina-se ao financiamento de ações de assistência farmacêutica dos seguintes programas de saúde estratégicos: I - controle de endemias, tais como a tuberculose, a hanseníase, a malária, a leishmaniose, a doença de chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional; II - anti-retrovirais do programa DST/Aids; III - sangue e hemoderivados; e IV – imunobiológicos.

<sup>25</sup> Art. 2<sup>o</sup> da Portaria nº. 1.554 de 30 de julho de 2013, do Ministério da Saúde - O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

Parágrafo único. O acesso aos medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas no âmbito do Componente de que trata o "caput" será garantido mediante a pactuação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme as diferentes responsabilidades definidas nesta Portaria.

terem sido selecionados frente a um mercado que disponibiliza milhares de tecnologias, estas últimas nem sempre” (NASCIMENTO JÚNIOR et al., 2015, p. 3363).

Pelo que se observa, o sistema é articulado, recheado de dispositivos legais e informado por princípios norteadores da atividade do gestor público. Contudo, apesar dos avanços, Portela et al (2010, p. 12), destaca:

Quando analisamos essa descrição sobre o que seria Assistência Farmacêutica, percebemos que sua correta aplicação contribuiria efetivamente nas ações do SUS. Todavia, é importante ressaltar, que é na área da Assistência Farmacêutica, que o SUS se depara com as maiores dificuldades, e onde ficam mais evidentes as distorções e problemas que são gerados pelas grandes desigualdades sociais e econômicas ainda existentes no país e que determina restrições ao pleno acesso aos medicamentos pela população (MONSEGUI,1997). Dessa forma, a desarticulação da Assistência Farmacêutica, no Brasil, conduz a um grave cenário de comprometimento da qualidade de vida do cidadão (PIANETTI, 2003).

O Brasil continua sendo um país extremamente desigual. Não é preciso ir longe para perceber que se trata de um país que padece com grande parte da população em constante posição periférica, alijada da garantia de seus direitos mais básicos. São pessoas que enfrentam longas filas nos hospitais, recebem uma senha, tornam-se números, passam despercebidas e, às vezes, após o decurso da longa e penosa espera acabam por não mais precisar que lhes seja garantido o direito à saúde, pois, muitas vezes, a própria vida já não lhes resta.

Diante de tantas notícias de situações como estas, que chegam com habitualidade pela mídia aos ouvidos do aplicador do direito e da sociedade em geral, ou mesmo diante do testemunho dessas situações, o sentimento de injustiça surge em maior ou menor escala, não sendo possível ficar indiferente. Portanto, nesse contexto, a garantia dos direitos ditos como fundamentais em um Estado Democrático e Social de Direito como o Brasil é de extrema relevância, isso porque tamanhas desigualdades sociais acabam por afetar a garantia dos direitos sociais aos mais pobres.

Nesse quadro, alguns problemas novos convivem com os antigos. O aumento da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fome coletiva, violação das liberdades políticas e de liberdades formais amplas, negligência dos Poderes

Públicos em relação aos grupos minoritários, às diferenças entre as pessoas e às suas necessidades elementares de saúde, educação, moradia, trabalho e outros direitos fundamentais, com ênfase no direito à saúde.

As injustiças do SUS se mostram ora latentes, ora evidentes, evidência que ressalta principalmente aos olhos da justiça social distributiva. O SUS – cujo objetivo central é garantir um direito constitucional e universal do cidadão brasileiro – é, acima de tudo, uma política que carrega em seu cerne uma noção de justiça distributiva, voltada para o combate da desigualdade através de uma justa distribuição de recursos, premissa que até muito recentemente, como coloca Fleischacker (2006), não era percebida como uma questão de justiça pelas pessoas, que tampouco acreditavam que a justiça devesse se ocupar com a exigência de uma distribuição de recursos que satisfizesse as necessidades de todos.

O fato é que justo e injusto não são conceitos tidos por unanimidade. Mas, mesmo diante das divergências é possível afirmar que tratar da garantia do direito à saúde pelo SUS é assunto afeto à filosofia política; sendo a saúde um direito, é possível que a sua garantia seja analisada pelo viés da justiça distributiva.

Assim, resolver, ou ao menos minimizar problemas relacionados à distribuição de direitos, especialmente do direito à saúde, no que diz respeito às formas de sua garantia, é urgente, especialmente no Brasil. Contudo, essa “melhor forma” de distribuir direitos e liberdades nas sociedades continua sendo uma questão divergente e de difícil resposta na filosofia política, isso porque o debate pode suscitar diversas concepções de justiça distributiva, todas que, cada uma ao seu modo, buscam soluções para as diversas formas de desigualdades.

Por isso, considerando que os direitos fundamentais, especialmente os sociais, são garantidos, em sua maioria, por meio das Políticas Públicas, aliar a compreensão desse instituto com o suporte teórico da teoria da justiça é fundamental e permite ao administrador, - a partir das exigências do Legislador constitucional e do ideal de justiça distributiva pretendido -, a garantia prática de direitos fundamentais, destacadamente do direito social à saúde, por meio de boas políticas públicas.

É dizer que, se entendidas e elaboradas da forma correta, considerada esta como aquela que obedece às exigências constitucionais, as políticas públicas são instrumentos indispensáveis para garantia de direitos. Sobre esse aspecto, Direito e

Política, “embora pertencentes a sistemas autônomos, não podem permanecer estanques e distanciados” (SMANIO, 2013, p. 4).

Nesse sentido, conclui Branco (2017, p. 4-5):

Qualquer que seja a situação em que se encontre o paciente, não se pode negar que o acesso a medicamentos essenciais, se tornou um fator importante para as pessoas, com repercussão política na sociedade e nas políticas de Estado, a fim de tratar seus cidadãos com a mesma consideração, respeito e dignidade que o ser humano merece.

No último capítulo, analisar-se-á o SUS e a PNM a partir do enfoque de justiça distributiva, especialmente com base na ideia de justiça de John Rawls com complemento de Amartya Sen. Antes, pois, faz-se necessária a compressão acerca das concepções restritivas de direito sociais, as quais, utilizadas como pano de fundo do SUS, acabam por limitar o acesso dos indivíduos aos medicamentos que lhes são essenciais.

### 3 CONCEPÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

Como restou evidente até aqui, a CRFB/88 deixa claro o compromisso com a abertura democrática e com os direitos fundamentais, elementos centrais do Estado Social Democrático de Direito. Portanto, trata-se de uma inovadora Carta Política que não só expõe um catálogo de direitos sociais, mas os considera, todos eles, como fundamentais, essenciais para vida digna. Portanto, todos eles possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, de modo que não são meras promessas vazias, mas demonstram o verdadeiro ideal de justiça social do legislador constituinte.

O aspecto social da Constituição representa, então, a sua verdadeira essência, voltada para a justiça material, com base na convergência entre os ideais de liberdade e igualdade. Contudo, a concreta garantia do catálogo de direitos sociais, bem assim da saúde, ainda encontra óbices, tanto pela ineficácia dos Poderes Executivo e Legislativo na gestão dos recursos públicos, quanto pela força de concepções de justiça que tendem a limitar a efetividade desses direitos.

Diante disso, o presente capítulo destina-se a apresentar argumentos e teorias restritivas da plena garantia do direito à saúde e, ao mesmo tempo, pretende-se rechaçá-los a partir da indicação, mais evidente no capítulo posterior, da concepção de justiça adotada na presente pesquisa como base teórica adequada em defesa da garantia do direito à saúde a todos e a cada um na medida das suas necessidades.

#### 3.1 A TITULARIDADE DO DIREITO À SAÚDE

No presente tópico, a característica de subjetividade dos direitos sociais, vista na seção 1.3, será, de certa forma, retomada, com ênfase na divergência doutrinária em relação à titularidade do direito à saúde.

Neste sentido, já foi mencionado que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado por meio de políticas públicas econômicas e sociais, obedecidas as necessidades dos indivíduos beneficiários do direito em suas particularidades, como mandamento constitucional decorrente da dignidade humana em estreita relação às exigências de justiça social.

Não obstante as características já suscitadas, relacionadas às diferenças históricas entre os direitos individuais e os sociais, assim como a relação dos direitos sociais com as políticas públicas, conforme já foi visto, suscitam outros argumentos contrários à plena concretização dos direitos sociais, relacionadas à titularidade individual ou transindividual desses direitos.

Nesse sentido, argumentos diversos sustentam que o direito à saúde, por ser um direito social, deve apenas ser pleiteado de maneira coletiva, inclusive diante da previsão da própria CRFB/88 ao determinar a implementação de políticas públicas, argumentos tendentes a limitar ou até mesmo impedir demandas judiciais de saúde de forma individualizada, convergindo para a defesa de uma titularidade exclusivamente coletiva.

Nesse sentido reducionista, manifesta-se Scaff (2010, p. 30):

É nítido que este preceito determina um direito à saúde através de 'políticas sociais e econômicas', porém a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma política pública. Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual.

Para o autor, embora exista espaço para atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas, este não pode ser “transformado em um instrumento de grupos em prol de interesses individuais” (SCAFF, 2010, p. 42). Em seu entender, muitas vezes as demandas individuais acabam por interferir no orçamento que seria destinado ao coletivo. Logo, entende ser necessário uma análise cuidadosa para que o Judiciário não se transforme em um instrumento a arrecadar verbas públicas para o uso individual.

Por sua vez, Maués (2010), ao admitir a atuação do Judiciário em demandas individuais, estabelece limites e condicionantes, quais sejam, o respeito ao princípio da universalidade e integralidade. Portanto, para o autor, “o campo de excelência em que essas decisões são tomadas é o das leis orçamentárias” (MAUÉS, 2010, p. 270), e quando não, haveria um “sequestro” dos bens da sociedade em prol do indivíduo.

Além do mais, o autor relaciona ainda o conflito existente nas demandas sobre saúde aos dois princípios e afirma que demandas desse tipo não devem ser tidas como conflito bilateral entre o indivíduo e o poder público, pois a universalidade

e integralidade impõem que sejam tratados como um conflito plurilateral, diretamente relacionado à apropriação dos indivíduos dos recursos que são comuns (MAUÉS, 2010).

Assim, complementa:

Consequentemente, são inadequadas as decisões judiciais que ordenam o sequestro ou remanejamento de verbas públicas, pois seu caráter emergencial não permite as ações de planejamento necessárias para uma eficiente implementação das políticas públicas (MAUÉS, 2010, p. 271).

Amaral (2013), a seu turno, quando explana sobre as diversas linhas de argumentação envolvendo o tema saúde, explica que há aqueles que defendem que na falta de recursos para atender a todos em matéria de direitos sociais, deve-se retirar de outras áreas, nas quais a aplicação dos recursos não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais ao homem. Contudo, para o autor, o discurso, embora bonito, não é realizável. Diante de necessidades infinitas e limitada disponibilidade de recursos para garantia do direito à saúde o discurso aproxima-se da utopia.

Diante da questão da escassez, destaca o autor:

A noção de justiça e moralidade, qualquer que seja, deve levar em conta não apenas um catálogo de “boas intenções”, aspirações legítimas ou utopias distantes, mas sim os resultados concretos que se pode antever para o sentido. Ademais, as *soluções justas para o caso* devem ter por substrato a enunciação de normas com um mínimo de generalidade e um nível ao menos adequado de não contradição.

Dizer “que todos sejam atendidos” é discurso legítimo no campo dos atores sociais. Todavia, quando tais pessoas estão investidas na qualidade de atores jurídicos, mormente estatais, e se está presente um quadro de falta de elementos objetivos para o atendimento, nos parece mister apontar a origem dos meios e os critérios de escolha (AMARAL, 2013, p. 124).

Para Amaral (2013), a busca de justiça e moralidade está ligada a soluções concretas, e não a utopias; no caso de medicamentos, por exemplo, a efetivação de direitos sociais por meio de demandas individuais acaba por “tornar o Judiciário o alocador de recursos públicos” (AMARAL, 2013, p. 125).

Entretanto, em face da caracterização constitucional do direito à saúde, não é possível interpretar no mesmo sentido dos autores. Ao contrário, é dizer: se

percebida, na prática, que a realização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas voltadas à coletividade não é satisfatória para um indivíduo que seja, está este indivíduo autorizado a requerer frente aos poderes públicos medidas que lhe garantam efetividade da prestação de direitos fundamentais pelo Estado, pois a sua dignidade de pessoa humana é razão suficiente para isso. Nesse sentido:

(...) é forçoso admitir que o direito à saúde, embora classificado como um direito social, também é um direito fundamental individual, pelo menos em sua fruição, com a consequência de que o Estado é obrigado a proporcionar a cada indivíduo o que for necessário para que esse direito seja satisfeito (BRITO FILHO, 2014, s.d.).

Dessa forma, ainda que o constituinte tenha relacionado o direito à saúde à coletividade é preciso ter clareza de que isso em nada diminui seu conteúdo e nem a obrigatoriedade de sua realização com base nas necessidades de cada pessoa individualmente considerada, isso porque a promoção da dignidade da pessoa humana é assegurada por meio dos direitos e garantias fundamentais, o que desloca a matéria da esfera política para o âmbito do Direito, transformando-a em uma obrigação jurídica e imperativo de justiça social.

É evidente que a questão da saúde envolve, além da coletividade, o indivíduo em sua particularidade. O direito fundamental à saúde, embora previsto no rol dos direitos sociais, pode também ser tutelado na esfera individual, pois sua fruição se dá no plano do indivíduo.

Ademais, o constituinte, no art. 196 dispôs, claramente, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. A utilização do termo “todos”, ressalta Sarlet (2013, p. 155) “não constitui indicativo de que a titularidade será necessariamente coletiva (transindividual), ainda mais no sentido de uma exclusão da titularidade individual”.

Logo, o Estado deve planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam saúde das pessoas, mas deve também garantir à saúde de cada pessoa individualmente. Em outras palavras: o Estado deve assegurar saúde à coletividade, mas não pode se escusar de nenhum indivíduo, porque ao lado do interesse geral há o interesse pessoal e as pessoas vão manifestar necessidades diferentes.

Assim, a preferência de alguns doutrinadores pela garantia do direito à saúde em tutelas coletivas não pode excluir a dimensão individual desse direito, uma vez que ambas as dimensões coexistem. Esse é o entendimento dispensado por Sarlet (2013, p. 171-172):

[...] quanto os direitos sociais (como, de resto, os direitos fundamentais no seu conjunto) em geral, quanto o direito à saúde em particular, possuem uma dupla dimensão individual e coletiva, e, nesta medida, uma titularidade – no que diz com a condição de sujeito de direitos subjetivos- igualmente individual e transindividual, tal como acertadamente vem sendo reconhecido pelo próprio STF. Cuida-se, portanto, de direitos de todos e de cada um, de tal sorte que o desafio é saber harmonizar, sem que ocorra a supressão de uma das dimensões, ambas as perspectivas.

Desse modo, está o indivíduo legitimado para propor ação individual em busca da garantia do seu direito à saúde, pela própria característica de titularidade desse direito e, ainda, por imperativo de justiça distributiva. Ademais, toda e qualquer política pública relativa à garantia do direito à saúde, especialmente a de acesso à medicamento, não deve se escusar de interpretar o direito desse mesmo modo.

O ideal de justiça distributiva que valoriza o indivíduo em suas particularidades deve ser buscado, mas não somente na via judicial, como também na via administrativa, na elaboração de políticas de saúde. Sobre esse ideal referido tratar-se-á mais profundamente no próximo capítulo.

### 3.2 OS CUSTOS DO DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Conforme exposto ao longo deste ensaio, os direitos de primeira geração estão relacionados à igualdade formal e à liberdade como espaço livre de intervenção estatal. Nesse contexto, o Estado protege os direitos não agindo. Por isso, os direitos de primeira geração são chamados de direitos negativos, pois se pretendia, de forma ideológica, que esses direitos importassem em um não fazer do Estado para garantia de proteção.

Por outro lado, os direitos sociais exigiriam um fazer por parte do Estado, um atuar, por isso são chamados de direitos positivos. Assim, o Estado protege, por exemplo, a saúde com a criação de hospitais, a educação com a criação de escolas, e assim por diante. Essa divisão entre direitos negativos e positivos criou a falácia

de que a proteção dos Direitos Sociais exige um custo maior; em outras palavras, criou-se a enganosa ideia de que proteger um direito por um não fazer é menos dispendioso do que proteger por um fazer.

Assim, sendo os direitos sociais geradores de maiores custos, o Estado tem, em tese, “desculpas” para não os efetivar. Ou seja, diante das necessidades sociais infinitas “há um limite de possibilidades materiais para esses direitos” (BARCELLOS, 2011, p. 277). Esse argumento leva à possibilidade de realização dos direitos sociais na medida da disponibilidade de recursos, ou seja, da *reserva do possível*.

A reserva do possível é uma construção teórica de origem alemã e, segundo explicam Sarlet e Figueiredo (2008, p. 16-17):

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem de real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

O argumento foi aplicado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no paradigmático caso *numerus clausus*<sup>26</sup>, que versava sobre o direito de acesso às vagas no ensino superior no curso de medicina. Em dois processos, os estudantes não foram aceitos nas universidades de Hamburgo e Munique, pois faltava vagas no curso, quando, então, recorreram ao Poder Judiciário sob o argumento de que a Lei Fundamental da Alemanha concedia a todos o direito a escolha livre da profissão.

Olsen esclarece que, entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades praticamente dobrou, mas o desenvolvimento da universidade não acompanhou os números. Assim, era necessário que o governo investisse mais de 7,7 bilhões de marcos, valores considerados irrealistas na situação do pós-guerra na

---

<sup>26</sup> Ver: BVerfGE 33, 303 – *numerus clausus* I. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>>. Acesso em 02 de nov. 2017.

Alemanha. Desse modo, o número de vagas para o ensino superior se tornou limitado, ou seja, não poderia atender a toda população (OLSEN, 2012).

O Tribunal negou o pedido dos estudantes, alegando que só se pode exigir do Estado aquilo que se pode esperar, dentro dos limites da possibilidade e da razoabilidade. A Corte Alemã considerou não ser razoável esperar do Estado o oferecimento de vagas ilimitadas para o curso de medicina. Eis que, então, surgia a teoria da reserva do possível, segundo a qual só é possível à sociedade exigir do Estado nos limites do que razoavelmente se possa esperar.

Nas palavras de Sarlet e Figueiredo (2008, p. 17): “mesmo em dispendo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. Portanto, a teoria, em sua original formulação, não se refere à existência de recursos financeiros. É dizer que, a reserva do possível, em seu sentido original, refere-se somente à razoabilidade da pretensão, nada se referindo às condições materiais do Estado.

Acontece que, “a transmutação da teoria da reserva do possível para o Brasil foi equivocada” (HONÓRIO, 2006, p. 147). Isso porque, no Brasil, habitualmente, o Ente público utiliza-se da reserva do possível como justificativa para não concretização de direitos sociais por meio das políticas públicas, sob o argumento que lhe faltam condições orçamentárias para tanto. A reserva do possível, da forma que é utilizada no Brasil, traz um conceito econômico para a discussão jurídica e transfere para a esfera da disponibilidade daquele responsável pela destinação dos recursos orçamentários a garantia de direitos sociais, o que pretere o próprio mandamento constitucional, privilegiando aspectos meramente econômicos.

Ademais, juridicamente, no Brasil, a reserva do possível restringe o acesso do indivíduo ao Judiciário para garantia de prestações estatais positivas, pois sustenta-se no argumento de que:

A imposição de escolhas dramáticas traz a necessidade de definir prioridades no atendimento dos direitos, o que será feito por autoridades eleitas. Na dimensão jurídica, a reserva do possível evita a interferência do Judiciário no orçamento (HONÓRIO, 2006, p 147).

Contudo, é preciso observar que a realidade social brasileira apresenta-se distante da realidade da Alemanha, Estado que não vive em permanentes crises sociais, com um número enorme de cidadãos excluídos da garantia seus direitos mais básicos. Importante ressaltar, ainda, que o argumento ganhou força no contexto histórico e social que surgiu com a CRFB/88, a partir do amplo catálogo de direitos sociais trazidos pela Carta Magna.

A essência do Estado Social surgido na época trouxe à tona uma série de problemáticas, tanto porque sua principal atuação está voltada à justiça material, o que implica na realização prática do ideal de igualdade e não somente de liberdade, quanto porque o Estado interventor no domínio econômico com vistas a garantia de direitos fundamentais sofre profundas ameaças, especialmente diante do fenômeno da globalização e do neoliberalismo.

O que se percebe é que, apesar da natureza eminentemente social, a CRFB/88 surgiu em um ambiente de crise do Estado de Bem-Estar Social, diante da ineficiência da atividade estatal em razão dos dispendiosos gastos públicos com programas sociais e a grande intervenção nos mecanismos de mercado. Nesse contexto, as ideias neoliberais, na década de 90, tornaram-se influentes (OLSEN, 2012).

Sobre essas ideias, Olsen (2012, p. 180) segue destacando que:

[...] as ideias neoliberais passaram a influenciar a estrutura jurídico-política brasileira na década de 90, na qual foi implementada uma série de emendas constitucionais que modificavam significativamente a feição do Estado. O Brasil enfrentou um intensivo processo de privatização, primeiramente verificou-se a abertura da economia interna para os mercados internacionais, de modo a possibilitar a instalação de uma série de agentes econômicos multinacionais em território brasileiro.

Em resumo, em relação a todas essas mudanças, tem-se que elas:

[...] acabam por colocar O Estado brasileiro em uma posição esquizofrênica: por um lado permanece vinculado aos objetivos sociais, em virtude das disposições constitucionais; por outro, em muitos aspectos perdeu as rédeas da economia, desmontou boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, levando à inefetividade dos direitos fundamentais (OLSEN, 2012, p. 181).

Nesse contexto de crise do modelo de Estado Social, tornou-se interessante um argumento jurídico capaz de restringir a responsabilidade do Estado na garantia de direitos fundamentais, ou seja, surgia um ideário que colocava os direitos sociais em um patamar de onerosidade excessiva para o Estado, portanto, a garantia desses direitos representava um entrave para o desenvolvimento econômico do país.

A reserva do possível, desse modo, está diretamente relacionada à necessária adequação das pretensões sociais aos recursos orçamentários. Em outras palavras, ligada ao clássico argumento de que os recursos são finitos, enquanto que as necessidades dos indivíduos são infinitas. Portanto, segundo essa ideia, sempre deve haver uma adequação à real disponibilidades de recursos em caixa. Nesse sentido, consoante destaca Scaff (2010, p. 29), ocorre:

[...] que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. Assim, seguramente, mais verbas para o ensino fundamental pode implicar em menos verbas para o ensino superior; e a mesma disputa financeira pode ocorrer no custeio da saúde pública. Nestes casos, a discricionariedade do legislador está presente.

Mas, qual a natureza do argumento da reserva do possível? Como se pode conceituá-lo?

Olsen (2012) aponta que a expressão “reserva do possível” recebe variados tratamentos na doutrina, e existe um razoável consenso sobre seu conteúdo, este sempre relacionado à existência de limites presentes na realidade fática, os quais condicionam a aplicação do Direito. Contudo, a autora destaca que “não existe acordo com relação a sua natureza e significado de sua atuação na aplicação das normas constitucionais” (OLSEN, 2012, p. 199).

Embora registre a divergência existente em torno da natureza da reserva do possível, para Olsen (2012, p. 200), ela é uma “condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”. Nesse sentido, a reserva do possível é uma condição fática que acaba influenciando na aplicação de Direitos.

Ademais, Olsen (2012) registra duas maneiras de se conceber a reserva do possível: a primeira como limite interno dos direitos sociais fundamentais; e a segunda, como limite externo.

Para a autora, a reserva do possível como limite interno pode ser compreendida a partir das lições dos estadunidenses Cass R. Sustein e Stephen Holmes, consagrados na célebre obra *O custo dos direitos* (2011), para os quais todos os direitos têm um custo. Nesse sentido, a colaboração dos autores possui essencial papel na desconstituição da falácia a qual se fez referência no início deste tópico, qual seja, de que os direitos individuais e civis possuem custos menores que os direitos sociais, econômicos e culturais. Os autores evidenciam que tanto os direitos “de liberdade” quanto os direitos “de prestação” implicam em gastos públicos por parte do Estado para serem realizados.

Portanto, para os autores, a clássica divisão entre direitos negativos e positivos não faz sentido algum. Isso porque:

À verdade evidente de que os direitos dependem dos governos é preciso agregar um corolário lógico, rico em implicações: os direitos custam dinheiro. É impossível protegê-los e exigí-los sem fundos e apoio públicos. (...). Tanto o direito de bem-estar como a propriedade privada têm custos públicos. O direito à liberdade de contratar supõe custos, não menos que a atenção médica, o direito à liberdade de expressão ou a uma vida decente. Todos os direitos recebem algo do tesouro público (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 33).<sup>27</sup>

Ademais, para os autores, “Os direitos em sentido geral têm dentes” (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 35)<sup>28</sup>. Ou seja, eles argumentam no sentido de que não há direitos com custos e direitos sem custos, isso porque todos os direitos exigem um fazer, uma prestação positiva do Estado, pois o direito para ter força precisa que outras pessoas o reconheçam como um dever e isso só acontece quando o direito é capaz de causar certa ameaça de castigo ou punição nas pessoas diante da sua lesão.

Desse modo, somente o aparato institucional que o Estado possui é capaz de conceder ao direito força de exigibilidade, ou seja, o Estado é quem concede ao Direito “os dentes” necessários para causar o temor de descumprimento na sociedade. Assim, “Na prática, os direitos passam a ser algo mais que meras

---

<sup>27</sup> No original: *A la verdade evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar un corolario lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. (...). Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 33).

<sup>28</sup> No original: *los derechos em sentido legal tienen ‘dientes’* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 35).

declarações somente se conferem poder a organismos cujas decisões sejam legalmente vinculantes” (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 37)<sup>29</sup>.

Portanto, na visão de Sunstein e Holmes (2011, p 37), os indivíduos que não vivem sob a tutela de governos capazes de cobrar impostos e encontrar solução efetivas não tem direitos jurídicos. A ausência de Estado significa ausência de direitos. Para eles, “Um direito só existe se e quando tem custos pressupostos” (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 38)<sup>30</sup>.

Do mesmo modo entende Bastos (2011, p. 195), segundo o qual:

A nomenclatura direitos negativos é, portanto, ideológica, vez que, na grande maioria dos casos serve para culpar ou justificar a carência orçamentária pela falta de efetividade dos direitos das gerações posteriores à primeira, quando, em verdade, tal carência de efetividade se relaciona, de modo direto, com a incompetência administrativa ou uma opção política consciente.

A realidade comprova afirmação dos autores e descaracteriza a falácia do custo dos direitos, pois, por exemplo, o Estado protege o direito social à saúde com a criação de hospitais, como foi dito alhures, o que requer investimento financeiro. Mas, também protege a propriedade das pessoas com investimento em criação de delegacias, contratação de policiais e manutenção de todo o sistema penal de repressão ao crime, o que, como é sabido, também custa dinheiro. Portanto, “Urge combater a ideia de que os Direitos de Primeira Geração seriam de realização imediata, enquanto os das demais gerações seriam de realização progressiva” (BASTOS, 2011, p. 193).

No mesmo sentido, destaca Alcalá (2009, p. 145):

Todos os direitos têm em tal perspectiva uma dimensão positiva e negativa, dado que todos requerem prestações estatais que têm custos econômicos para sua efetiva garantia, como são a base de um aparato jurisdicional eficaz do Estado, uma polícia competente, registros de propriedade, entre outros aspectos, assim como uma dimensão negativa ou de abstenção de violação tanto pelo Estado quando pelos particulares<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> No original: *Em la práctica, los derechos pasan a ser algo más que meras declaraciones sólo si confieren poder a organismos cuyas decisiones sean legalmente vinculantes* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 37).

<sup>30</sup> No original: *Um derecho sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 38).

<sup>31</sup> No original: *Todos los derechos tienen em tal perspectiva una dimensión positiva y negativa, ya que todos ellos requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva*

Logo, quando se trata de custos dos direitos, o que se pode concluir é que o pertencimento à primeira ou às dimensões posteriores não é, por si só, elemento idôneo para se elaborar diferenças quantitativas. Em verdade, o orçamento e a sua destinação estão nas mãos dos administradores, o Estado é organizador e alocador de recursos e, ao mesmo tempo, responsável por arrecadá-los. Logo, “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita” (GALDINO, 2007, p. 258).

Ainda sobre isso, Bastos (2011, p. 195) acrescenta:

A nomenclatura direitos negativos é, portanto, ideológica, vez que, na grande maioria dos casos serve para culpar ou justificar a carência orçamentária pela falta de efetividade dos direitos das gerações posteriores à primeira, quando, em verdade, tal carência de efetividade se relaciona, de modo direito (sic), com a incompetência administrativa ou uma opção política consciente.

Para Olsen (2012), a concepção apresentada de Stephen Holmes e Cass R. Sustein parte da premissa de que os bens são escassos, o que não permite com que todos os direitos sejam realizados. “Logo, realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não” (OLSEN, 2012, p. 187). Isso por que:

[...] nada que custe dinheiro pode ser absoluta. Ao fim e ao cabo, nenhum direito cuja defesa pressuponha um gasto seletivo de dinheiro dos contribuintes pode ser protegido unilateralmente pelo poder judicial sem tomar em conta as consequências orçamentárias cuja responsabilidade recairá sobre outros ramos do governo (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 119)<sup>32</sup>.

Portanto, nesse sentido, a reserva do possível como limite inerente dos direitos sociais fundamentais acaba por levar à necessidade de revisão do próprio conceito de direito público subjetivo (GALDINO, 2007, p. 266). Logo, a existência de recursos para prestação estatal é condição indispensável para a existência do

---

*garantía, como son el fundamento de un aparato jurisdiccional eficaz del Estado, una policía competente, registros de propiedad, entre otros aspectos, como asimismo una dimensión negativa o de abstención de vulneración tanto por el Estado (...), como por los particulares (...)* (ALCALÁ, 2009, p. 145).

<sup>32</sup> No original: *Nada que cueste dinero puede ser absoluto. Al fin y al cabo, ningún derecho cuya defensa pressuponha un gasto selectivo del dinero de los contribuyentes puede ser protegido unilateralmente por el poder judicial sin tomar en cuenta las consecuencias presupuestarias cuya responsabilidad recaerá sobre otras ramas del gobierno* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 119).

próprio direito subjetivo, pois para Galdino (2007, p. 285), “direitos não nascem em árvore”.

O ponto nevrálgico desta concepção de reserva do possível é que ela atrela a existência de um direito à existência de dotação orçamentária para realizá-lo. Desse modo, acaba por transferir a existência do direito à esfera de disponibilidade dos gestores públicos responsáveis pela destinação orçamentária, o que é incompatível com a previsão constitucional das normas de direitos sociais e estaria gerando um imenso esvaziamento das normas de direitos fundamentais, que ficariam sempre dependentes da discricionariedade.

Esta discricionariedade em poder afirmar o que é possível e o que não é, muitas vezes não é decorrente da lógica dos fatos, mas fruto das escolhas que se dirigem a determinados fins. Assim, a escassez de recursos orçamentários não é natural, mas sim artificial, pois fruto desta escolha dos poderes públicos. Para Olsen, em um Estado Democrático de Direito não se pode reconhecer essa discricionariedade como total, ao contrário, ela deve se enquadrar aos objetivos trazidos na Constituição (OLSEN, 2012, p. 478).

A autora insiste que, adotar a tese da reserva do possível como limitadora de direitos fundamentais, tal como a concepção exposta, é o mesmo que aceitar que, por exemplo, fornecer medicamento para o tratamento de gripe é possível, ao passo que para o tratamento da hepatite B não é possível. E, acrescenta:

A prova desta artificialidade está no fato de que quando decisões judiciais determinam o fornecimento de certo medicamento, o Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentária capaz de suprir esta necessidade; e este remédio passa a ingressar na lista daqueles a serem obrigatoriamente fornecidos de forma gratuita a toda a população (OLSEN, 2012, p. 478).

Mas, a reserva do possível pode ser concebida, também, como um limite externo aos direitos sociais fundamentais, ligada à existência de condições materiais para realização destes direitos, de modo que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais fundamentais definiriam, conforme esta concepção e, segundo Olsen (2012, p. 479): “posições jurídicas prima facie as mais amplas possíveis, as quais eventualmente poderiam ser restringidas em face da limitação dos recursos disponíveis para torna-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis”.

A reserva do possível vista como limite externo permite um confronto e, ao mesmo tempo uma ponderação entre os elementos normativos e os fáticos. Logo, resta evidente que, nesses termos, a reserva do possível não possui influência alguma em relação à existência do direito, podendo somente comprometer a sua eficácia. Por isso, Olsen (2012, p. 478) enfatiza que:

enquanto elemento externo, a reserva do possível poderia reduzir mais ou menos o âmbito normativo do direito, e esta redução estaria sujeita ao controle de constitucionalidade, especialmente a partir do exame da proporcionalidade.

E, acrescenta:

Nestas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida da disponibilidade de meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade de restrição com base em elementos da realidade empírica (OLSEN, 2012, p. 195).

Nesse sentido posicionam-se Sarlet (2015) e Barcellos (2011), pois, para ambos, a reserva do possível deve ser tida como limite externo dos direitos sociais fundamentais. Contudo, é possível observar que os autores relacionam esta ideia à de mínimo existencial; assim, a reserva do possível funcionaria como esse limite externo tão-somente no que transborda ao mínimo existencial.

Para os autores, o mínimo existencial é um conjunto menor de direitos, contidos no catálogo de direitos sociais constitucionais, indispensáveis para a dignidade da pessoa humana, os quais foram definidos pelo constituinte, segundo Barcellos (2011, p. 287) como “condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-á estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos”. Portanto, presume-se “que o Poder Público dispõe de recursos para atender ao menos as necessidades que compõem esse mínimo existencial, e que constituem a prioridade de investimento dos recursos públicos” (BARCELLOS, 2011, p. 289).

É dizer que, em relação à essas condições mínimas, ambos os autores admitem “um direito subjetivo definido a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara –

não há como resolver a problemática em termos de tudo ou nada (SARLET, 2015, p. 365).

Nesse sentido, pode-se perceber, nas ideias de Sarlet (2015), que a noção de direito subjetivo é relativizada quando se trata de direitos a prestações. Mas, o autor salienta que:

Convém repisar e melhor explicar que ao advogarmos o entendimento de que na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia de sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer (SARLET, 2015, p. 366).

A tese defendida por Sarlet (2015) e Barcellos (2011) possui identidade com o que se está a defender ao longo da presente dissertação, exceto quando se trata do entendimento dos autores sobre mínimo existencial, pois, como foi citado anteriormente, mais precisamente no capítulo primeiro, entende-se que todo o catálogo constitucional de direitos fundamentais já é esse mínimo existencial, uma vez que todos os direitos fundamentais são essenciais para a vida digna, não fazendo sentido reduzir o que já é essencial.

Nesse sentido, o mínimo relacionado à saúde nunca pode ser entendido como pouco ou abaixo do necessário, mas sim como a saúde plena, isso porque o tratamento constitucional de fundamentalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana não permitem menos. É dizer: o homem tem direito à saúde e, destaca-se, a melhor saúde que o Estado pode lhe proporcionar.

Sobre esse aspecto, destacamos:

Exemplificando, para que fique mais claro, e a partir de um assunto que permite uma instantânea compreensão, basta perguntar: em relação à saúde, o que é o básico, o mínimo? Claro que não pode ser um 'mínimo de saúde', sinônimo de uma vida precária. Só pode ser a saúde plena, no limite do que for possível, considerando o conhecimento disponível (BRITO FILHO, 2014, s.d.).

Logo, não há razão alguma que justifique qualquer redução de essencialidade quando se fala do catálogo de direitos fundamentais, pois todos já estão dispostos sob o signo de indispensabilidade. O constituinte não fez qualquer distinção, de tal sorte que todos eles foram reconhecidos como prioridade máxima do Estado que deve organizar os recursos disponíveis de modo a satisfazê-los na integralidade.

Assim, não se discute o fato da escassez de recursos diante da crescente demanda de serviços públicos a serem prestados pelo Estado; o que se discute é se a Administração Pública tem dado a devida importância ao direito à saúde quando diante do caso concreto, é dizer: se tem valorado corretamente o bem protegido constitucionalmente quando elabora política de distribuição de medicamentos.

Portanto, o estudo da reserva do possível se mostra relevante para esclarecer até que ponto esse argumento pode servir de fundamento para que o Estado se exima da entrega de um medicamento ao administrado. A ideia da reserva do possível como limite fático pode até ser aceita, o que não se pode é deixar os direitos sociais subjetivos à cargo da reserva do possível, isso porque:

[...] a alegação de insuficiência orçamentaria para desobrigar a implantação de programa social não cabe frente ao dever estatal de observar o mandamento constitucional. Diante da escassez de recursos, deve-se agir com responsabilidade (HONÓRIO, 2006, p. 148).

É necessário adequar os direitos fundamentais às reservas do orçamento, e o direito não pode ficar distanciado do mundo dos fatos, mas, sob essa alegação, não se pode “elevantar a preocupação econômica ao status de princípio e à condição de supremacia ante os direitos fundamentais” (BARROS, 2006, p. 150).

Barcellos (2011, p. 241) destaca:

A primeira conclusão é que a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados ao tema.

Logo, se a realidade fática demonstra finitude dos recursos, se não é possível atender a todas as necessidades dos seres humanos, ao menos os recursos disponíveis devem ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins

considerados essenciais pelo constituinte, até que estes sejam plenamente realizados.

Para além do argumento de que os recursos são finitos, o que existe é a certeza de que, justamente em face desta finitude, o ato de governar, o ato de escolher prioridades, deve ser encarado com profundo rigor, questionamento e fundamentação, pois é certo que os direitos sociais são todos essenciais para a vida digna.

Nesse sentido, Bastos (2011, p. 196) conclui:

[..] há que se alterar o enfoque da questão, do ponto de vista dos recursos escassos para o da ponderação das necessidades. Sim, porque não se deve aceitar, sem reflexão, a ideia de que os recursos são escassos. Em verdade, em regra, são as necessidades que são mal avaliadas. O ser humano tem dificuldades para definir suas necessidades, tarefa que não se revela fácil à medida em que a sabedoria pode ser definida como capacidade de escolher o essencial. O Estado herda a mesma dificuldade. Governar é escolher prioridades, transitar entre opções políticas e determinar quais as que devem sair do papel rumo à realidade. Tais escolhas, embora por vezes implícitas, revelam os valores primordiais compartilhados pelas autoridades públicas.

Ademais, é a própria sociedade quem suporta o custo dos direitos por meio da tributação, frisa-se, de todos eles, pois até mesmo os autores que defendem o argumento da reserva do possível admitem que “todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação” (GALDINO, 2007, p. 253).

Portando, com razão Olsen (2012) quando afirma que a escassez de recursos de que trata do argumento da reserva do possível é artificial, e não natural, pois consequência do manejo dos recursos. Significa dizer que, como os recursos são finitos, “decidir investir os recursos existentes em determinada área significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades” (BARCELLOS, 2011, p. 281). Logo, ao invocar a reserva do possível como escusa para garantia de direitos sociais, o Estado está revelando uma visão conservadora de preferência pela proteção dos direitos de liberdade, contra os quais, falaciosamente, não se pode invocar a reserva do possível.

Entretanto, com base nas próprias características do direito à saúde, as quais lhe foram concedidas pelo constituinte, não se admite que o argumento da reserva

do possível seja utilizado para afastar ou mesmo limitar a responsabilidade do Estado na implementação adequada da política de distribuição de medicamentos para todos os indivíduos, em níveis adequados e de acordo com suas particulares necessidades, isso porque a prioridade máxima do Estado Brasileiro é a promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, conclui Honório (2006, p. 149-150):

Quando usada para retirar a efetividade dos direitos sociais, a reserva do possível não se sustenta, sendo puro manejo político. Com razão Andreas Krell afirma que se os direitos sociais dependessem do fato de estarem cheios os cofres públicos, eles nunca teriam efetividade. Eles dependem, isso sim, de vontade política. Não estamos falando de esmola ou caridade, mas de direitos fundamentais. Não queremos o impossível; queremos apenas que os direitos sociais sejam levados a sério.

Na realidade, o Estado nunca consegue comprovar objetivamente que inexistem recursos disponíveis, pois, como dito, a alocação dos recursos está em suas mãos. E, a escolha política que o Estado faz quando elabora suas políticas deve sempre estar voltada à razão de ser da sua existência: a promoção, em níveis adequados, da dignidade da pessoa humana a partir de prestações materiais, tais como a garantia de acesso a medicamentos necessários aos indivíduos.

### 3.3 O UTILITARISMO NO CENÁRIO DA POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

O argumento limitador da garantia plena do direito à saúde relacionado à escassez de recursos, tal como foi apresentado na seção anterior, firma-se na ideia de que diante das necessidades infinitas do homem e a finitude de recursos compete ao Poder Legislativo a definição de prioridades na destinação dos recursos, ao Poder Executivo a concretização das escolhas feitas e, ao Poder Judiciário apenas o controle das razões da escolha, não lhe sendo lícito atuar no campo que é de discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, os recursos devem ser manejados para garantia da saúde de um maior número de pessoas possível, ainda que esse manejo desprestigie necessidades individuais. Essa ideia de justiça privilegia o coletivo em detrimento do individual, ou mesmo de grupos minoritários que necessitem de atenção

diferenciada, pois há nessa ideia, como pano de fundo, a defesa de que a felicidade de um maior número de pessoas deve ser buscada, uma vez que a finitude de recursos não permitirá nunca que todos sejam atendidos.

Esse tipo de argumento valoriza a reserva do possível e a defesa de que direitos sociais não poderão ser apreciados pelo Poder Judiciário em ações individuais; primeiro porque o Estado supostamente estaria obrigado a conceder direitos sociais dentro do limite do possível e, depois, porque o atendimento de demandas individuais seria um forte risco ao orçamento, destinado às políticas sociais coletivas. A satisfação das necessidades sociais dos indivíduos seria, assim, uma questão de política, e não de direito.

É assim que doutrinadores reducionistas pensam o SUS, isso porque, ainda que a teoria do SUS seja estruturada para garantia de acesso universal, igualitário e integral, conforme apresentada acima, a prática revela a ótica utilitarista dos governantes, o que pode ser confirmado em vários aspectos. Primeiro, porque pensam à saúde a partir da coletividade, quando elaboram políticas com base nas necessidades da maioria das pessoas, como acontece na elaboração da RENAME, quando é óbvio que, na prática, as pessoas vão manifestar necessidades diferentes. Depois, porque o tratamento universal acaba se restringindo às tecnologias oferecidas pelo SUS, o que torna a integralidade uma utopia.

Em relação ao utilitarismo, ensina Vita (2007, p. 18) que:

O utilitarismo é uma doutrina ética teleológica por dar primazia a uma visão do bem humano – concebido em termos da máxima satisfação possível de desejos e aspirações individuais – sobre princípios de justiça e do direito. Estes são, em uma ética teleológica, instrumentais àquela visão: que princípios devem ser implementados pelas instituições sociais básicas depende de considerações agregativas sobre o total líquido de satisfação de preferências e desejos individuais que pode ser alcançado.

Kymlicka (2006, p. 11) acrescenta que o utilitarismo “afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”. Mais adiante, acrescenta que, no utilitarismo, as preferências dos indivíduos não são satisfeitas quando contrárias ao que “maximiza a utilidade de maneira geral” (KYMLICKA, 2006, p. 25).

Assim, é possível afirmar que a política do SUS revela a ótica utilitarista do governo, em face de algumas características da teoria: a predominância do bem

sobre o justo, com consideração do resultado para indicação do ato moralmente correto, assim como porque o utilitarismo permite que as preferências dos membros dos grupos minoritários sejam preteridas, desde que com isso se maximize a utilidade e se contemple a maior parte dos indivíduos.

Embora se referindo à educação, a afirmação de Brito Filho (2014b, p. 177) pode ser aplicada à saúde nos mesmos termos:

É o que acontece, por exemplo, quando um governo afirma, normalmente de forma triunfante, que a medida que vai adotar possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, normalmente as mais necessitadas.

A fundação do utilitarismo habitualmente é atribuída a Jeremy Bentham, que propôs a doutrina na obra *Introdução aos Princípios da Moral e Legislação* (1989). Contudo, foi na obra *Utilitarismo*, publicada originalmente em 1861, de John Stuart Mill, que a tradição se tornou emblemática, pois trata-se de uma leitura mais acessível e concisa (GALVÃO, 2005).

Embora o utilitarismo tenha se desenvolvido em várias correntes, entende-se que compreender o utilitarismo clássico de Bentham, reformulado por Mill, seja suficiente na caracterização da doutrina que interessa para os limites do presente trabalho de pesquisa.

O utilitarismo é uma “doutrina ética, segundo a qual a utilidade é a medida primordial do bem” (MILL, 2007, p.07), ou ainda “[é] aquela postura que considera um ato como correto quando maximiza a felicidade geral” (GARGARELLA, 2008, p. 3). O utilitarismo declara que os indivíduos devem perseguir a felicidade e o bem-estar. Trata-se, portanto, de uma doutrina teleológica, na qual o bem deve prevalecer ao justo; e consequencialista, ou seja, preocupada com o resultado, sendo ele o que indica o ato como moralmente correto.

Nesse sentido, o princípio da utilidade é seu princípio básico e consiste em dizer que: a ação moralmente correta é aquela que maximiza a utilidade, ou seja, proporciona maior felicidade para o maior número de pessoas; e deve fazê-lo de forma imparcial. É dizer que a moralidade das ações é avaliada segundo o

resultado, e não com base em critérios e padrões éticos previamente estabelecidos.

Desse modo:

O credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as acções estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação de prazer (MILL, 2005, p. 48).

O carácter teleológico da doutrina se manifesta na máxima de que as acções corretas são aquelas de que resultam o maior bem, ou melhor, o valor moral de certo e errado não depende de nenhuma qualidade intrínseca da acção e sim da consequência dela, “de sua capacidade para produzir certo estado de coisas previamente avaliado” (GARGARELLA, 2008, p.3-4). Portanto, trata-se de uma teoria que define o correto ou justo a ser feito tendo em vista uma concepção de boa vida.

Gargarella (2008) destaca que muitas pessoas tendem a favorecer soluções de cunho utilitarista quando estão diante de algum dilema moral, quando, por exemplo, tendem a preferir decisões que beneficiem a maioria das pessoas, assim como tendem a considerar aceitáveis políticas que visam a atender o bem geral, avaliando, portanto, a consequência das decisões em detrimento do valor intrínseco (GARGARELLA, 2008).

Ademais, o utilitarismo pode ser considerado como uma doutrina agregacionista, pois quando busca a maximização da utilidade acaba por pregar que o ato correto, ou o melhor, é aquele que gera maior utilidade. Nesse sentido, a teoria utiliza dos interesses individuais como baliza para identificação de acções que aumentem a utilidade em geral. Logo, no momento de elaboração de suas propostas, o utilitarismo “sugere considerar as preferências de cada um dos possíveis afetados, independentemente do conteúdo específico das reivindicações particulares de cada um deles” (GARGARELLA, 2008, p. 5).

Ao considerarmos que os interesses individuais têm igual importância no momento da identificação das acções que maximizam a utilidade, pode-se afirmar que o utilitarismo possui uma direcção igualitária, claramente destacada quando “[a] vida de cada pessoa tem a mesma importância do ponto de vista moral e, portanto, seus interesses devem receber igual consideração” (KYMLICKA, 2006, p. 41), ou

ainda, pode-se afirmar que “o utilitarista advoga uma estrita igualdade na consideração dos interesses (MILL, 2005, p. 9).

Logo, a proposta utilitarista:

[...] nos obrigará a perguntar: Qual é a proposta que satisfaz maior número de interesses? Com esse tipo de atitudes, livres de preconceitos, o defensor do utilitarismo parece marcar outro ponto a seu favor. De qualquer modo, o utilitarismo vai ainda mais além do critério recém-indicado: sua proposta pretende mostrar-se “cega” (livre de preconceitos) não só ante o conteúdo das diferentes solicitações em disputa, como também em relação aos específicos titulares desses desejos ou interesses (GARGARELLA, 2008, p. 6).

Nesse sentido, não leva em consideração informações tais como quem está propondo certa medida ou política, a qual ideologia pertence; mas, ao contrário, o utilitarista faz sempre o cálculo do custo benefício na avaliação das ações, quer saber sempre quantos serão os beneficiados com determinada medida e quantos não serão.

Entretanto, um dos problemas dessa abordagem reside exatamente aí, no fato de que ela se limita a considerar os interesses individuais somente como instrumentos de identificação das ações potencialmente capazes de proporcionar a maior utilidade da comunidade como um todo, o que, em última análise, acaba por sacrificar interesses propriamente individuais em prol dos interesses da maioria. Isso porque:

O utilitarismo não recomenda aos indivíduos que maximizem a realização de seus próprios interesses e objetivos, isto é, sua própria utilidade individual. Não há nenhuma interpretação plausível da ética utilitarista na qual a “relatividade ao agente” ocupe uma posição central. Quando escolhas coletivas estão em questão, exige-se dos indivíduos que ajam de maneira que seja maximizado o total líquido de utilidade (caso do utilitarismo clássico) ou a utilidade per capita (utilitarismo médio). [...]. Em outros termos, os indivíduos devem estar sempre dispostos a abrir mão até mesmo de sua utilidade individual (VITA, 2007, p. 10).

Pelo que se observa, a ótica utilitarista sempre volta-se à sociedade em detrimento do indivíduo, pelo que se pode afirmar que “o utilitarismo não está necessariamente comprometido com uma concepção de igualdade distributiva” (VITA, 2007, p. 11-12). Isso porque, embora a doutrina conceda certa imparcialidade moral, há uma relevante diferença com o conceito de igualdade.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o utilitarismo é doutrina simpática às políticas públicas voltadas somente à coletividade, à maximização das utilidades, àquelas que não consideram as demandas individuais na destinação do orçamento, desconsiderando, por exemplo, no caso do direito à saúde, doenças de menor incidência, medicamentos que atendem às necessidades de uma minoria. Pois, para o utilitarismo a ação, não só a individual, mas também a dos governos, está em conformidade com o princípio da utilidade quando aumenta a felicidade da comunidade.

Nesse sentido, Bentham (2000, p. 14)<sup>33</sup> advoga que “a natureza colocou a humanidade sob a governança de dois soberanos mestres, dor e prazer”, os quais governam as pessoas em tudo que fazem, sendo que “o princípio da utilidade reconhece essa sujeição e assume isso como fundamento do sistema, o qual é o substrato da felicidade através da razão e do direito” (BENTHAM, 2000, p. 14)<sup>34</sup>

A proposta do utilitarismo em relação à busca pela felicidade é, mais uma vez, atraente, sobretudo porque se trata de algo almejado por todos os seres humanos. Portanto, o atrativo do utilitarismo consiste, dentre outros aspectos “[N]o bem que ela busca promover – a felicidade, a prosperidade, ou o bem-estar – é algo que todos buscamos na nossa vida e na vida dos que amamos” (KYMLICKA, 2006, p. 12-13).

No que tange à avaliação dos “mestres soberanos” prazer e dor, Bentham (2000, p. 31) os avalia segundo critérios puramente quantitativos, tais como intensidade e duração<sup>35</sup>. Logo, para o autor “[o]s chamados prazeres mais elevados, ou virtudes mais nobres, são simplesmente aqueles que produzem prazer mais intenso e duradouro” (SANDEL, 2016, p. 67). Fica claro, então, que Bentham não considera nenhuma distinção qualitativa entre os prazeres, o que indica que, para o autor, “todos os valores podem ser mensurados e comparados em uma única escala” (SANDEL, 2016, p. 67).

Ademais, sobre esse aspecto, Sandel (2016, p. 67-68) acrescenta:

---

<sup>33</sup> No original: *Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure* (BENTHAM, 2000, p. 14).

<sup>34</sup> No original: *The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law* (BENTHAM, 2000, p. 14).

<sup>35</sup> No original: *1. Its intensity. 2. Its duration. 3. Its certainty or uncertainty. 4. Its propinquity or remoteness* (BENTHAM, 2000, p. 31).

Se as experiências diferem apenas na quantidade do prazer ou da dor que proporcionam, e não qualitativamente, faz sentido avaliá-las em uma única escala. Mas alguns se opõem ao utilitarismo precisamente nesse ponto: eles acreditam que alguns prazeres sejam realmente “mais elevados” do que outros. Se certos prazeres são valiosos e outros são banais, como dizem eles, por que uma sociedade deveria mensurar todas as preferências de maneira indiscriminada, e além disso considerar a soma dessas preferências como o bem maior?

Mill (2007, p. 23), por sua vez, amplia essa discussão e busca defender o utilitarismo desse tipo de crítica, acrescentando critérios qualitativos à avaliação dos prazeres, observando que “Os seres humanos têm faculdades mais elevadas do que os apetites animais”, portanto, são capazes de identificar prazeres mais elevados.

Em mesma obra, Mill (2007) diferencia felicidade de satisfação e relaciona à ideia de felicidade às faculdades mais elevadas do homem. Assim, segundo ele, a felicidade deve ser perseguida e sempre maximizada para a comunidade toda, não se restringindo a uma vida de êxtase, mais relacionada à satisfação, mas sim, uma vida feita de algumas dores transitórias e outros prazeres (MILL, 2007, p. 29).

Ademais, sobre felicidade, Mill (2007, p. 32) acrescenta:

É nobre ser capaz de renunciar inteiramente à sua própria porção de felicidade ou das chances de obtê-la: afinal, esse sacrifício deve ser por alguma finalidade; não é sua própria finalidade; e nos dizem que sua finalidade não é a felicidade, mas a virtude, que é melhor que a felicidade.

Nesse sentido, fica claro que a moralidade utilitarista reconhece como virtude a renúncia da própria felicidade em prol da felicidade maior, qual seja, da comunidade. Esse sacrifício por si só não tem valor; mas somente quando o seu resultado produzir o aumento da felicidade coletiva. Nesse sentido:

Toda honra para aqueles que podem renunciar para si próprios o prazer pessoal da vida, quando por tal renúncia contribuem dignamente para aumentar a quantidade de felicidade no mundo; mas aquele que realiza tal sacrifício ou professa realizá-lo por qualquer outro propósito não é mais merecedor de admiração do que o asceta montado nesse pilar (MILL, 2007, p. 32).

Portanto, pode-se afirmar que a vertente utilitarista de Mill reconhece que um indivíduo tenha direito a algo somente quando da defesa desse direito, pela

sociedade, puder resultar a maximização da utilidade geral (MILL, 2007, p.77). Assim, a depender da ética utilitarista, o indivíduo pode renunciar a si mesmo e seus próprios interesses diante do bem geral, pois o projeto de vida de cada pessoa só é levado em conta quando de acordo com o que é melhor para a sociedade. Por essa razão é que Fleischacker (2006, p. 150) afirma que “o utilitarismo não é uma doutrina simpática à ideia de que os indivíduos têm direitos absolutos”.

Um dos maiores obstáculos ao fortalecimento dessa ideia segundo a qual a utilidade ou felicidade é o critério para se conferir se determinada ação é certa ou errada é a ideia de justiça. O assunto é de extrema relevância e sobre a relação entre justiça e utilidade Mill dedica o último capítulo da sua obra.

Desse modo, a justiça, para Mill, possui a mesma linha de raciocínio da moralidade utilitarista, privilegiando ações que maximizem a felicidade geral, quando comparadas com outras. A diferença é que a moralidade social se detém às obrigações morais mais relevantes na sociedade. Mill (2007, p. 73) explica que “A justiça implica em algo que não é apenas certo fazer ou errado não fazer, mas o que um indivíduo pode reivindicar de nós devido a seu direito moral”. E, mais à frente acrescenta: “o termo justiça é uma denominação para certas exigências morais, as quais, se consideradas coletivamente, ocupam posição mais elevada na escala da utilidade social e, portanto, são de obrigações mais importantes do que quaisquer outras” (MILL, 2007, p. 89).

Pelo que se observa, mesmo em defesa da justiça, o utilitarismo clássico continua preferindo a coletividade ao indivíduo. Em princípio, Mill julga que todos os indivíduos possuam direito à igualdade de tratamento, em outras palavras, possuem direito à igual reivindicação dos meios para o alcance e a concretização da felicidade, “exceto quando alguma conveniência social reconhecida requeira o contrário” (MILL, 2007, p. 88).

Portanto, resta evidente que o utilitarismo não se presta a sustentar a defesa do direito à saúde da melhor forma, da forma que propõe a presente dissertação. A doutrina é encontrada no cenário da política de distribuição de medicamentos, especialmente pela sua característica de generalidade; mas, também, porque elaborar uma política a partir da criação de listas de medicamentos e conceder aos indivíduos somente os medicamentos constantes na lista, a partir de critérios gerais, é uma revelação clara do princípio da utilidade.

Ademais, trata-se de uma doutrina que não se preocupa com as minorias, aqueles que estão à margem da sociedade, pois, em se tratando de teoria permissiva de que as preferências de algumas pessoas não sejam satisfeitas quando em conflito com o que maximiza a utilidade em geral, é possível afirmar que:

[...] como os vencedores necessariamente ultrapassam o número dos perdedores, não há nenhuma razão pela qual as preferências dos perdedores devam ter precedência sobre as preferências mais numerosas (ou mais intensas) dos vencedores (KYMLICKA, 2006, P. 25).

Ao contrário, a justiça deve contrastar com a utilidade, e não deve existir preocupada simplesmente com o bem-estar geral, mas deve voltar-se para o indivíduo singularmente considerado, não exigindo deste sacrifícios maiores, ainda que promovam o bem comum, deve atender as necessidades básicas desse indivíduo que tem uma vida própria a viver, não somente quando elas aumentem a utilidade geral. Assim, “supõe-se que a justiça deva proteger os seres humanos individuais, impedindo que sejam sacrificados em nome de um bem social maior” (FLEISCHACKER, 2006, p. 157).

Antes é necessário garantir direitos fundamentais ao indivíduo por sua própria condição de ser humano e dignidade, independente se por meio dessa ação algum reflexo se verá no bem-estar da comunidade. Portanto, há que se reconhecer, mais uma vez, que o utilitarismo não sustenta a garantia de direitos sociais para todos os indivíduos de acordo com as suas necessidades, tratando-se de uma teoria altamente restritiva da garantia do direito à saúde, pois ninguém pode ser tratado com igual consideração e respeito sem a garantia desse direito tão imprescindível para o reconhecimento da dignidade humana e a promoção de qualquer plano de vida.

Somente o liberalismo igualitário oferece base teórica e fundamentação suficiente para defesa do direito à saúde e acesso à medicamentos da forma pensada no parágrafo anterior. É sobre essa corrente, mais precisamente a partir da obra de John Rawls e Amartya Sen que se tratará no próximo capítulo.

#### 4 O LIBERALISMO IGUALITÁRIO

Nos capítulos anteriores, o objetivo principal foi esclarecer acerca das características do direito à saúde e sua garantia por meio do SUS, especialmente no que tange a distribuição de medicamentos, bem como se buscou rechaçar qualquer argumento restritivo desse direito.

No presente capítulo, o objetivo é analisar a distribuição de medicamentos sob a ótica da justiça distributiva, apresentando o referencial teórico que melhor sustenta os argumentos defendidos na presente dissertação, ou seja, buscar-se-á na filosofia política as respostas necessárias para a defesa de ampla garantia do direito à saúde e distribuição de medicamentos nos limites das necessidades de cada indivíduo.

Desse modo, destaca-se, inicialmente, que a garantia do direito à saúde não se afere de modo comparativo. É preciso garantir a todos e a cada um na medida das necessidades individuais, pois quando comparamos as pessoas não há uma que recebe mais prestação de saúde que outra quando considerado o mesmo referencial, uma vez que todas as pessoas vão manifestar necessidades diferentes e o essencial e exigido pelo legislador é garantir saúde nos limites destas necessidades.

A afirmação é simples. Se uma pessoa precisa de um medicamento mais caro do que o medicamento necessitado por outra pessoa e ambas receberam o medicamento do qual necessitam, isso não significa que a uma foi garantido direito à saúde mais do que a outra. Na verdade, se, na prática, foram observadas as necessidades da pessoa singularmente considerada pode-se dizer que ambos receberam igualmente a mesma parcela de garantia do direito à saúde, mesmo que os gastos para garantia do medicamento tenham sido diferentes quando comparando as pessoas.

Assim, adota-se como sustentação teórica a concepção de dignidade de Kant, o liberalismo político e a teoria da justiça como equidade de John Rawls, com a possibilidade de complementação na teoria da igualdade de capacidades, de Amartya Sen. Essas teorias, juntas, oferecem um sustentáculo teórico, suficiente, para a defesa de que é dever do Estado conceder o acesso de medicamentos

essenciais a todas as pessoas a partir das suas próprias necessidades individuais, entendido o SUS como uma política pública de cunho eminentemente distributivo.

#### 4.1 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

John Rawls é um marco na história da filosofia política, tanto que não é exagerada a afirmação de que a concepção contemporânea de justiça distributiva se firma a partir da teoria de justiça por ele desenvolvida na obra *Uma Teoria da Justiça*, lançada em 1971, que tem sido considerada como um divisor de águas.

Rawls reacendeu o debate sobre o ideal e os fundamentos de uma sociedade justa, ao propor uma concepção de justiça chamada *Justiça como Equidade* e revigorou a teoria tradicional do contrato social, apresentada por Lock, Rousseau e Kant. Nos anos seguintes à publicação da obra de Rawls, sua teoria foi objeto de inúmeros debates intelectuais, passando a ser referência obrigatória para os teóricos políticos que, em suas teorias, sempre comentam as ideias rawlsianas como, por exemplo, Robert Nozick e Michael Sandel.

Contudo, a melhor forma de distribuir direitos e liberdades em uma sociedade continua sendo uma questão polêmica e de difícil resposta na filosofia política, isso porque o debate pode suscitar diversas concepções de justiça distributiva, todas elas, cada uma ao seu modo, buscando soluções para as diversas formas de desigualdades.

Nesse sentido, a teoria da justiça como equidade, como toda teoria da justiça, busca alternativas para uma melhor distribuição de bens e riquezas na sociedade. Rawls não se exime de responder três perguntas básicas a todo teórico da justiça distributiva: o que distribuir? A quem? De que maneira?

John Rawls inaugurou uma nova maneira de se conceberem os deveres e o papel do Estado para com a sociedade. Ele mantém o respeito pela autonomia individual, mas considera que o Estado não pode se escusar de garantir a todos os indivíduos e a estes isoladamente uma gama de bens primários, necessários à consecução de qualquer projeto de vida. Para ele, “tratar casos semelhantes de maneira semelhante não é garantia suficiente de justiça substantiva” (RAWLS, 2016, p.71). Assim, a função do Estado inicia-se e se esgota na garantia do básico, a partir de quando deve ser neutro.

A teoria de Rawls é deontológica, o que implica dizer que o justo prevalece sobre o bem. Nessa abordagem deontológica, Rawls retoma Kant, para quem a noção de justiça considera cada pessoa como um fim em si mesma e não como meio que pode ser colocado em sacrifício para o bem da maioria. Contudo, Rawls vai além de Kant, trazendo para o debate a dimensão institucional da justiça, sustentada a partir da noção de justiça como atributo central para a cooperação social e que faz referência à estrutura básica da sociedade. Ele assinala que:

[...] a justiça é a primeira virtude das instituições sociais (...) cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade não pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalanceados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses pessoais” (RAWLS, 2016, p.04).

Para Rawls a justiça de uma sociedade mostra-se na igualdade entre os seres humanos como valor intrínseco. Assim, todo o suporte necessário – direitos, oportunidades, liberdades e recursos sociais – para que cada um possa desenvolver a vida de acordo com suas próprias convicções morais deve ser oferecido pelas instituições básicas.

Ademais, Rawls é um contratualista, tradição que considera a constituição política e as leis como justas somente quando acordadas por pessoas racionais e livres, com direitos iguais e com igual autoridade política. Nesse sentido:

A natureza hipotética do acordo de Rawls na posição original se parece a ideia do contrato original de Kant, do qual Kant disse que é um contrato social hipotético e não real. Na leitura de Rawls todos os proponentes principais da tradição do contrato social, desde Hobbes, através de Locke e Rousseau, até Kant, consideram o contrato social como um experimento de pensamento hipotético que está desenhado para mostrar quais são os termos mais razoáveis de cooperação entre pessoas racionais que são consideradas iguais (FREEMAN, 2016, p. 35)<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> No original: *La naturaleza hipotética del acuerdo de Rawls en la posición original se parece a la idea del contrato original de Kant, del cual Kant dice que es un contrato social hipotético y no real. En la lectura de Rawls todos los proponentes principales de la tradición del contrato social como un experimento de pensamiento hipotético que está diseñado para mostrar cuáles son los términos más razonables de cooperación entre personas racionales que son consideradas iguales* (FREEMAN, 2016, p. 35).

Duas ideias são fundamentais na teoria rawlsiana: a sociedade como um sistema de cooperação e a estrutura básica da sociedade. Primeiramente, a cooperação social é elemento indispensável na sociedade bem ordenada. É dizer: os seus integrantes, cada um com seus respectivos talentos, devem interagir a fim de criar um ambiente social melhor para todos, por entenderem que isso melhora tanto a situação da sociedade como a sua própria, mais do que se agissem cada um por si. E, a partir desta compreensão, todos estariam dispostos a seguir as regras que ordenam a união societária.

Ao mesmo tempo em que a sociedade é marcada pelo conflito de interesses, sua unidade baseia-se na aceitação, por parte dos cidadãos, de uma concepção política da justiça que faz uso de ideias do bem, consideradas razoáveis (ou seja, compatíveis com essa concepção política da justiça) e que compartilham a mesma concepção de pessoa, o que garante que os princípios da justiça sejam aplicados, além de assegurar a estabilidade social.

No que diz respeito à estrutura básica da sociedade, Rawls (2016, p.09) afirma que a justiça de um arranjo social depende, em essência, “de como se atribuem os direitos e deveres fundamentais e também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade”. Assim, a finalidade primeira da teoria consiste em formular uma concepção de justiça cujos princípios sejam a baliza de tratamento para as questões clássicas relacionadas somente a um contexto específico: a estrutura básica.

Para Rawls, em uma sociedade bem ordenada, os arranjos sociais são justos a partir do conceito de justiça procedimental pura, ou seja, não importa o resultado quando o método é justo, porquanto aceito previamente por todos. Nesta sociedade, os indivíduos confiam nas instituições, pois elas lhes proporcionam confiança do seu próprio valor e de que os seus planos terão chances exitosas; estes agirão de maneira justa desde que seus atos estejam em conformidade com as exigências destas instituições.

Na medida em que isso tudo é verdadeiro, Rawls (2016, p. 562) afirma que “uma concepção de justiça é psicologicamente adequada às inclinações humanas”. E, ainda, “se o desejo de agir com justiça também for regulador de um projeto de vida racional, agir com justiça faz parte do nosso bem” (RAWLS, 2016, p. 562), demonstrando que, nesse caso, o bem e o justo são compatíveis e o todo é congruente.

Assim, é fundamental perceber que Rawls reconhece a ligação entre o justo e o bem como dois conceitos fundamentais, mas se afasta das teorias teleológicas como ideais de ligação desses conceitos, especialmente pelo fato de essas teorias definirem o bem de maneira independente do justo. Ao contrário, Rawls insere uma teoria do bem em sua obra, mas reafirma o caráter deontológico do seu projeto, pois a justiça na teoria do autor parece ir além da mera preocupação com interesses circunstanciais. A preocupação é com uma concepção geral de bem, ou seja, proporcionar o básico a todos e permitir a liberdade do cidadão para perseguir seu próprio plano de vida boa.

Rawls insere uma teoria do bem em sua obra, no capítulo VII, mas isso fortalece o caráter deontológico da sua teoria, pois para ele, a escolha de bens primários, entendidos como bens que todos escolheriam, antecede a escolha dos princípios da justiça, vez que são bens necessários para esta escolha. E a concepção de cada indivíduo sobre o bem próprio se adapta aos princípios de justiça.

Os bens primários, na teoria de Rawls, são definidos como coisas que sempre seria melhor ter mais do que menos, ou, em outras palavras, coisas que todo homem racional deseja mais que outras ou deseja ainda que deseje outras. Desse modo, esclarece Kymlicka (2006, p. 83):

Estamos todos comprometidos com um ideal de boa vida e certas coisas são necessárias para perseguir estes compromissos, seja qual for seu conteúdo mais específico. Segundo a teoria de Rawls, estas coisas são chamadas de “bens primários”. Há dois tipos de bens primários:

1. bens primários sociais – bens que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais, como renda e riqueza, oportunidades e poderes, direitos e liberdades;
2. bens primários naturais – bens como saúde, a inteligência, o vigor, a imaginação e os talentos naturais, que são afetados pelas instituições sociais, mas não são diretamente distribuídos por elas.

Nesse sentido, importante destacar que os bens primários a que Rawls se refere são os sociais, pois possuem estreita relação com a estrutura básica da sociedade, conforme destaca Brito Filho (2016, p. 45):

Os bens primários a que Rawls se refere, a propósito, são os bens primários sociais, e que, como explica Kymlicka, constituem os distribuídos pelas instituições sociais, e não os naturais, como a

saúde e os talentos, entre outros, e que, embora possam ser influenciados de diversas formas pelas instituições sociais, não são por elas distribuídos.

Assim, pode-se resumir a lista de Rawls falando de autoestima ou autorrespeito, direitos, liberdade e oportunidades, bem como renda e riqueza (RAWLS, 2016, p. 110). Mesmo em uma teoria deontológica não é possível prescindir desses bens, uma vez que eles não se relacionam às particularidades, mas são bens gerais, necessários para o sucesso de qualquer plano de vida, diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana. Logo, não se justifica a prioridade do justo impondo uma doutrina particular.

Mas, as pessoas são diferentes, têm desejos diferentes e manifestam necessidades as mais variadas possíveis. Porém, a alegação de Rawls é de que:

[...] para alguns bens, não importando qual seja o seu plano de vida, acontecerá simplesmente que sempre será racional você querer mais, e não menos, desses bens (LOVETT, 2013, p. 62-63).

Ou seja, mesmo diante de tantas diferenças, há bens que todos escolheriam em uma posição original, embora cobertos pelo véu da ignorância, sem conhecimentos sobre o futuro, em que as escolhas são feitas com base em fatos gerais e as pessoas não conhecem sequer a noção de próprio bem, esses bens são imprescindíveis.

Gargarella (2008, pg. 23) reforça, afirmando que:

Os 'bens primários' seriam aqueles bens básicos indispensáveis para satisfazer qualquer plano de vida. (...). A ideia, nesse caso, corresponde a princípios claramente não perfeccionistas: qualquer pessoa precisa estar em condições de buscar seu próprio projeto de vida, independentemente – em princípio – do conteúdo dele.

Rawls observa que, em circunstâncias normais, as pessoas preferem liberdades e oportunidades mais amplas às mais restritas e uma parcela maior, e não menor, de riqueza e renda. Parece bem claro que estas coisas são boas. Mas, também acrescenta à sua lista o autorrespeito ou a confiança na noção do próprio valor, que defenderá adiante como sendo o mais importante bem primário.

Para Rawls (2016), pode-se definir o autorrespeito ou autoestima em dois aspectos:

Em primeiro lugar, (...), essa idéia contém o sentido que a pessoa tem de seu próprio valor, sua firme convicção de que vale a pena realizar sua concepção de bem, seu projeto de vida. E, em segundo lugar, o auto-respeito implica uma confiança na própria capacidade contanto que isso esteja ao alcance da pessoa, de realizar suas próprias intenções. (...). Sem ele, parece que não vale a pena fazer nada, ou, se alguma coisa tem valor para nós, falta-nos disposição para luta por ela (RAWLS, 2016, p. 544).

Com uma quantidade maior de bens primários Rawls conclui que “(...), em geral é possível prever um maior êxito na realização das próprias intenções e na promoção dos próprios objetivos, sejam quais forem esses objetivos” (RAWLS, 2016, p. 110). Ou seja, os indivíduos são livres para desenvolver seus planos de vida, com base em suas próprias concepções de vida boa e devem arcar com a responsabilidade de suas escolhas. Em outras palavras: as pessoas, normalmente, podem ter maior certeza do sucesso dos seus planos de vida, quaisquer que sejam eles.

Quando Rawls analisa a sociedade, fica claro para ele que os indivíduos fazem escolhas de acordo com seus planos de vida. Assim, as pessoas podem desejar outros bens (que não os primários), de acordo com aquilo que julgam melhor, bem como a importância do bem primário em relação a esses outros bens pode variar. Porém, mesmo que os objetivos das pessoas sejam diametralmente opostos, os bens primários sempre serão essenciais, por isso escolhidos antes mesmo dos princípios da justiça.

A sociedade de Rawls é presumidamente bem ordenada e ele denomina a situação inicial de posição original, hipoteticamente, a situação na qual os membros da sociedade decidem, em que são escolhidos os princípios de justiça e os indivíduos estão cobertos pelo “véu da ignorância”. Significa dizer que os cidadãos que participam da formulação desses princípios não possuem informações nem sobre suas condições sociais, nem sobre a de outros, o que também garante que determinadas concepções individuais do bem não tenham influência sobre a escolha dos princípios.

Esses princípios regularão a estrutura básica da sociedade e cuidam, tão somente, da distribuição dos bens primários, reitera-se, aqueles que “se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que mais ele deseje” (RAWLS, 2016, p. 110). Nesse sentido, os dois princípios de justiça são formulados da seguinte maneira:

Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

(a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2016, p. 376).

“Esses princípios devem ser dispostos em uma ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo” (RAWLS, 2016, p. 74). Essa organização serial léxica significa que há uma complementariedade circular entre um direito e outro, o que confere a cada constituinte da ordem um peso, evitando, dessa forma, que se tornem mutuamente substituíveis. Desse modo, não há como um bem substituir o outro, ou seja, um não pode ser preterido em favorecimento ou para o exercício de outro.

Nesse sentido, Kymlicka destaca que, por meio desses princípios, Rawls admite que alguns bens sociais são mais importantes que outros e, desse modo, não podem ser sacrificados para melhorar outros bens. “As liberdades iguais têm prevalência sobre a igual oportunidade, que tem prevalência sobre os recursos iguais (KYMLICKA, 2006, p. 68). Contudo, o autor segue destacando que dentro de cada categoria a ideia de Rawls (2016) prevalece, qual seja: “uma desigualdade só é permitida se beneficia os que se encontram em pior situação” (RAWLS, 2016, p. 68). Assim, essas regras da prioridade em nada afetam o princípio básico de parcelas equitativas.

A articulação de Rawls nos dois princípios reúne três componentes. O primeiro princípio abrange as liberdades e os direitos fundamentais que devem ser assegurado igualmente a todos e engloba os direitos liberais clássicos, tais como as liberdades de pensamento e associação e os direitos e liberdades essenciais à estrutura democrática; o segundo reúne elementos de igualdade equitativa de oportunidades que devem ser iguais para alcançar posições na sociedade àqueles que têm talentos similares, além de reunir elementos do princípio de diferença ou critério *maximin* de justiça social, para o qual somente deve-se admitir a

desigualdade econômica que favorecer ao terço mais pobres da sociedade (VITA, 2016, p. XXIII-XXIV).

Ademais, em relação ao primeiro princípio, Freeman (2016, p. 61) esclarece:

A ideia primordial do primeiro princípio é que há certos direitos e liberdades básicos da pessoa que são más importantes que outros, e que são necessários para caracterizar o ideal moral das pessoas livres e iguais. Com o primeiro princípio Rawls pretende, primeiro, definir um ideal democrático de cidadãos livres que têm status cívico igual com poderes para influenciar equitativa e efetivamente na legislação e participar da vida política pública. (...). Segundo, o primeiro princípio na Teoria da Justiça é parte do ideal liberal de Rawls de pessoas livres e autônomas que desenvolvem suas capacidades humanas e configuram e seguem modos de vida que são intrinsecamente gratificantes.<sup>37</sup>

O Princípio da Diferença, por sua vez, trata da distribuição de renda e riqueza, e de cargos de autoridade e responsabilidade na sociedade, abarcando dois subprincípios, a saber: a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença. Rawls aceita as desigualdades econômicas e sociais, ele sabe que elas vão sempre existir, mas desde que tragam maiores benefícios possíveis aos mais necessitados e desde que haja igualdade de oportunidades.

No que diz respeito à igualdade equitativa de oportunidades, tem-se que, por meio dela, devem ser garantidas oportunidades iguais de acesso aos cargos e a posições de autoridade na sociedade. Portanto, assim como o primeiro princípio, este subprincípio volta-se à igualdade de oportunidades. Sobre ele, Brito Filho (2015, p. 59) exorta:

O princípio da igualdade equitativa de oportunidades, que para Rawls não deve ser visto como conduzindo a uma sociedade meritocrática, tem como objetivo garantir que todos tenham acesso, de forma equitativa, aos cargos e posições disponíveis, e isso pode indicar que, em alguns casos, deverá a sociedade dar mais atenção aos que têm menos, em termos de talentos e de condições sociais e econômicas.

---

<sup>37</sup> No original: *La idea primordial del primer principio es que hay ciertos derechos y libertades básicas de la persona que son más importantes que otros, y que se necesitan para caracterizar el ideal moral de las personas libres e iguales. Com el primer principio Rawls pretende, primero, definir un ideal democrático de ciudadanos libres que tiene estatus cívico igual con poderes para influir equitativa y efectivamente em la legislación y participar en la vida política pública. (...). Segundo, el primer principio em Teoría de la justicia es parte del ideal liberal de Rawls de personas libres autónomas que desarrollan sus capacidades humanas y configuran y siguen modos de vida que son intrínsecamente gratificantes* (FREEMAN, 2016, p. 61).

Por sua vez, o subprincípio da diferença admite distribuição desigual de renda e riqueza, desde que essa desigualdade seja benéfica para todos, especialmente aos mais necessitados ou menos favorecidos. É o que Brito Filho (2015, p. 59) chama de desigualdade controlada, para o qual:

Ela teria, como teto, o que cada indivíduo licitamente amealhar, menos o que é destinado, especialmente pela tributação – e que pode ser progressiva –, à redistribuição, e como piso os Direitos Humanos e, no plano interno dos Estados, os Direitos Fundamentais, que podem ser representados, na teoria de Rawls, pelos bens primários, mais abaixo referidos.

O princípio da diferença é, então, direcionado primeiramente às instituições da estrutura básica da sociedade. É importante observar que esse princípio possui um papel importante na justiça como equidade, pois reúne tanto um princípio de reparação, segundo o qual tanto as igualdades como as desigualdades imerecidas devem ser reparadas, quanto uma concepção de reciprocidade, pois as arbitrariedades naturais e sociais só devem ser admitidas quando resultarem em benefício comum.

Por isso, Freeman (2016, p 106) conclui:

O princípio da diferença de Rawls não adiciona simplesmente um dever de justiça para assistir aos pobres através de uma lista tradicional de deveres que a sociedade tem em relação aos seus Membros. Não é apenas o dever de prestar "pagamentos de bem-estar" ou assistência pública a quem se encontra limitado por circunstâncias infelizes. O princípio da diferença é mais profundo do que isso e funciona em plano diferente. Ele deve ser projetado desde o início, com base em perspectivas econômicas dos menos favorecidos, instituições legais que especifiquem direitos de propriedade e contrato, e instituições econômicas que tornem possível a produção, o comércio e o consumo.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> No original: *El principio de diferencia de Rawls no agrega simplemente un deber de justicia para asistir al pobre mediante una lista tradicional de deberes que la sociedad tiene para con sus miembros. No se trata sólo del deber de proveer "pagos de bienestar" o asistencia pública a quienes se encuentran limitados por circunstancias desafortunadas. El principio de diferencia es más profundo que eso y funciona en un plano diferente. Deben diseñarse desde el principio, con base en las perspectivas económicas de los menos favorecidos, instituciones legales que especifiquen derechos de propiedad y contrato, e instituciones económicas que hagan posible la producción, el comercio y el consumo* (FREEMAN, 2016, p. 106).

Segundo Rawls (2016, p.122), “a distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que se nasça em determinada posição social. Isso são meros fatos naturais. Justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos”. Por isso, o princípio de diferença se refere às instituições. Isso não quer dizer que os mais afortunados não tenham direito de gozar normalmente dos seus talentos naturais e de tudo que venham a conquistar a partir deles; a grande questão é garantir esse direito de acordo com as normas de um sistema equitativo de cooperação social. Portanto, fica claro que há em Rawls uma evidente preocupação com os menos favorecidos.

Por fim, no que diz respeito aos princípios da justiça, é importante destacar que há neles também uma preocupação com a justiça entre as gerações. Rawls (2016, p. 359) esclarece que, na posição original, as partes “devem concordar com um princípio de poupança que assegure que cada geração receba de seus predecessores o que lhe é devido e faça sua parte justa em favor daqueles que virão depois”.

Pelo princípio da poupança justa, incluído no princípio da diferença, a redistribuição, que é feita principalmente tendo em vista as necessidades dos menos favorecidos, que poderão usufruir dos bens primários, especialmente renda e riqueza, é limitada em razão de que uma parte do que seria redistribuído deve ser direcionado para formação de uma poupança em favor das gerações futuras. Assim, as gerações precedentes poupam para que as futuras possam gozar de um mínimo social a ser distribuído com base no princípio da diferença (BRITO FILHO, 2015, p. 67-68).

Desse modo, pode-se considerar completa a enunciação dos princípios feita por Rawls em sua teoria de justiça como equidade, sendo que “o enunciado completo do princípio de diferença contém o princípio de poupança com restrição” (RAWLS, 2016, p. 364).

Desta análise dos princípios da justiça, há preocupações de Rawls que restam evidentes: em primeiro lugar, o autor preocupa-se com a igualdade formal no que diz respeito às liberdades fundamentais. Em segundo lugar, há uma forte preocupação com a igualdade material na distribuição de renda e riqueza e no acesso aos cargos e posições na sociedade, pois não basta às pessoas liberdade formal se a elas não forem concedidas condições de liberdade material. É dizer que dos princípios de justiça se extrai o nítido objetivo de proporcionar a todos,

singularmente considerados, condições materiais necessárias para realização dos seus planos de vida, quaisquer que sejam eles.

Rawls reitera que uma sociedade bem-ordenada é aquela voltada para a promoção dos interesses de seus membros e regulada por uma concepção pública de justiça. Ou seja, as pessoas abraçam um conjunto de princípios de justiça escolhidos por todos e desejam fazer sua parte para a manutenção desse senso de justiça. Isso implica diretamente na questão da estabilidade, pois:

Uma concepção de justiça é mais estável que outra se o senso de justiça que tende a gerar for mais forte e tiver mais probabilidade de anular inclinações desestabilizadoras e se as instituições que permitem gerarem impulsos e tentações mais fracos a agir de maneira injusta (RAWLS, 2016, p. 561).

No ideal de sociedade rawlsiano, o bem e o justo são compatíveis e é isso que torna o todo congruente. Rawls busca demonstrar que, “dadas as circunstâncias de uma sociedade bem-ordenada, o plano de vida racional de uma pessoa sustenta e afirma seu senso de justiça” (2016, p.633), bem como “um senso de justiça efetivo pertence ao bem da pessoa e, assim, as tendências à instabilidade são mantidas sob controle, se é que não são eliminadas” (RAWLS, 2016, p. 633).

Nesse sentido, Rawls (2016) exorta que não adianta uma concepção de justiça ser atraente em aspectos outros se os princípios morais, chamados pelo autor de “princípios da psicologia moral” (RAWLS, 2016, p. 561), gerados nas pessoas não forem capazes de incutir o desejo de orientação com base nos preceitos justos. Isso porque é ideal que as pessoas adquiram o desejo de agir de forma justa, o que somente acontecerá quando se viva sob instituições justas capazes de benefícios aos indivíduos. Se esse desejo de orientação social com base na justiça também for regulador de um projeto de vida racional, agir com justiça faz parte do bem de cada um. Nessas circunstâncias, o justo e o bem são compatíveis, resultando na congruência da teoria como um todo.

Desse modo, pode-se afirmar que, na sua formulação inicial, Rawls preocupa-se com a estabilidade da teoria, que só é possível quando uma concepção de justiça política é incorporada pelos indivíduos em suas concepções pessoais de bem, ou seja, independente da concepção que cada um possa adotar, diante do pluralismo razoável, a ideia de Rawls é a de que todos, ou pelo menos a grande maioria, consigam adaptar suas concepções de bem a partir da certeza de que o

arranjo pode ser justo diante da manifestação das instituições básicas como aquelas reguladas pelos princípios de justiça.

Segundo Rawls (2016), o senso de justiça comum a todas as pessoas tem papel fundamental e bem assim os sentimentos morais para garantia de estabilidade social. Em sua teoria, os sentimentos morais, àqueles derivados da incorporação dos valores adotados e utilizados na estrutura básica da sociedade, são imprescindíveis para a garantia de estabilidade da própria sociedade. Pois, quando uma sociedade está em um estágio de perfeito equilíbrio estável, sempre que fatores exteriores a afetem internamente, forças internas tendem a restaurar o estado original.

Pelo que se observa, Rawls (2016) utiliza-se da aprendizagem moral e afirma que o senso de justiça se desenvolve em estágios, os quais não são objeto da presente pesquisa, podendo ser objeto de estudo em outra oportunidade<sup>39</sup>. Assim, é possível afirmar que a justiça depende, de certo modo, da motivação de cada cidadão para o bem. Mas, a fundamentação da justiça não é o bem em si mesmo, uma vez que a justiça faz parte do próprio bem da pessoa, assim, somente na sociedade justa, tal como Rawls a estabelece, é que os indivíduos podem ter garantias de que seus projetos de vida serão exitosos. Desse modo, quanto mais o justo e o bem são compatíveis, mais estável será a sociedade<sup>40</sup>.

Nesse contexto todo, três aspectos devem ser verdadeiros: primeiro o desenho de sociedade bem ordenada traçado por ele favorece a autonomia de seus membros e seus juízos de direito e justiça. Depois, o ideal de justiça combina com o ideal de sociedade onde vigora a união entre seus membros, pois os laços afetivos diminuem os efeitos danosos da inveja e do ressentimento e definem um equilíbrio onde a liberdade de realizar seu plano de vida é prioritário. E, por fim, as instituições

---

<sup>39</sup> Para aprofundamento no tema da estabilidade na teoria de Rawls sugere-se a seguinte leitura: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; DAOU, Heloisa Sami. O Bem e o Justo na Teoria de John Rawls: Uma Análise de Congruência. In: DIAS, Jean Carlos; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; ARAÚJO, José Henrique Mouta (Org.). **Concretização dos direitos fundamentais e sua fundamentação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>40</sup> Nesse ponto, merece destaque a doutrina de Jean Carlos Dias, o qual sustenta que Rawls teria reformulado sua teoria em obra posterior, "O liberalismo Político", para melhor atender às exigências da estabilidade. Segundo o autor, "Rawls abandona o alcance inicial da justiça política em uma sociedade bem ordenada como integrante da concepção individual de bem, adotando, em seu lugar, uma estratégia mais estreita que rejeita, em certo sentido, o endosso ao entendimento da concepção original como uma doutrina liberal abrangente. A revisão levou à formulação do bem conhecido conceito de "consenso sobreposto" e possibilitou uma compatibilização da Teoria da Justiça como equidade para com quaisquer doutrinas abrangentes" (DIAS, Jean Carlos. **A reformulação da estabilidade na teoria de Rawls**. No prelo).

justas proporcionam o que ele chama de “unidade do eu”, proporcionando condições aos indivíduos de desenvolverem suas potencialidades.

Rawls reconhece a ligação entre o justo e o bem como conceitos essenciais, mas nega que o ideal a ligar esses dois conceitos sejam teorias teleológicas, especialmente pelo fato de essas teorias definirem o bem independente do justo, pois, neste caso, corre-se sério risco de, ao se aumentar o bem-estar, negar-se a liberdade e a qualidade inviolável de cada pessoa, pois para o filósofo estadunidense “a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros” (RAWLS, 2016, p. 4).

Na justiça como equidade, a ideia principal é que, dada a prioridade do justo, a escolha da concepção de bem é estruturada dentro de limites definidos. A unidade essencial do eu já é proporcionada pela concepção de justo. Portanto, embora não exista um algoritmo para definir o bem, nem um método de escolha de primeira pessoa, a prioridade do direito e da justiça restringe essas deliberações de forma segura para que se tornem administráveis.

A ideia de sociedade justa exposta na obra de Rawls indica uma preocupação que transcende os interesses individuais. Em seu projeto de sociedade bem ordenada e justa, os indivíduos são vistos como cidadãos iguais, ou seja, todos têm valor intrínseco e, em razão disso, todos possuem importância para a sociedade e o Estado justo não pode impor aos indivíduos uma única ideia de bem. Assim, a cada um é dada liberdade para perseguir seu plano de vida conforme suas próprias convicções de bem e ideia de vida boa, cabendo, contudo, ao Estado a garantia do mínimo necessário para perquirição de qualquer projeto de vida, ou seja, os bens básicos.

A complementariedade entre as ideias de justo e de bem também pode ser possível porque na teoria de justiça como equidade os indivíduos vivem sob a égide da liberdade igual e, assim, aceitam livremente a conformação de suas concepções de bem com os princípios de justiça publicamente estabelecidos.

Rawls (2016) define sua concepção de justiça para a distribuição de um conjunto determinado de bens, aqueles que são fundamentais para todas as pessoas e para todos os planos de vida. Ele não traça a forma que as pessoas têm para alcançar seus planos de vida, mas define os procedimentos que devem ser seguidos por todos os que quiserem cumprir seus planos de vida.

De posse de bens indispensáveis, o indivíduo poderá usar da racionalidade deliberativa e escolher qual caminho trilhar, pois há muitos caminhos a seguir, considerando que o ser humano é de uma variedade infinita em seus talentos e inteligência. A atuação do Estado, com base em uma ideia de justiça, inicia e se esgota na distribuição de bens fundamentais, mas esta atuação é essencial e indispensável.

#### 4.2 A IGUALDADE DE CAPACIDADES DE AMARTYA SEN

Como dito, a teoria de Justiça como Equidade de Rawls instigou o debate entre as mais variadas linhas de pensamento, o que em muito contribuiu para o tema da justiça social.

Amartya Sen destaca-se, nesse contexto, como grande pensador contemporâneo que participa do diálogo com Rawls. Sua contribuição consolida-se com a publicação, em 2009, da obra *A ideia de Justiça*. Não há um consenso sobre como o pensamento de Sen pode ser classificado em relação à filosofia política, especialmente porque o próprio autor não se posiciona claramente. Entretanto, as linhas desenvolvidas na obra anteriormente citada, bem como nas obras posteriores *Desenvolvimento como Liberdade* (2010) e *Desigualdade Reexaminada* (2012) acabam por aproximar o economista indiano às concepções de Justiça Distributiva no contexto do liberalismo de princípios.

Sen considera que o Iluminismo produziu duas principais linhas de argumentação racional sobre a justiça, quais sejam: o institucionalismo transcendental e a abordagem da comparação focada em realizações. Para o autor, o institucionalismo transcendental foi uma abordagem iniciada com Thomas Hobbes no século XVII, acompanhada pelos demais contratualistas, tais como John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e John Rawls. A característica marcante dessa abordagem é a tentativa de encontrar arranjos institucionais que sejam justos para a realidade social. Nessa esteira, objetiva-se caracterizar o que seria uma sociedade justa ao invés de desenvolver critérios para identificar que uma determinada alternativa pode ser menos injusta que a outra (SEN, 2011, 35-36).

Por sua vez, a abordagem focada nas realizações é encontrada nas produções de filósofos como Adam Smith, Jeremy Bentham, Karl Marx e John Stuart Mill. Nessa abordagem, a metodologia empregada é a análise comparativa focada

nas realizações sociais, com vistas à remoção das injustiças evidentes do mundo em que seus idealizadores eram partícipes. Essa perspectiva considera que a injustiça pode estar ligada a transgressões comportamentais, relacionadas ao modo como as pessoas vivem, por exemplo, e não a defeitos institucionais.

Sen compreende que a maioria das teorias de justiça contemporâneas está baseada na abordagem institucional transcendental, inclusive a teoria de Rawls. Contudo, deixa claro que a sua investigação está ligada à abordagem da comparação focada nas realizações, afirmando que, em contraste com a maioria das teorias de justiça modernas, que se concentram na 'sociedade justa', sua obra "é uma tentativa de investigar comparações baseadas nas realizações que focam o avanço ou retrocesso da justiça" (SEN, 2011, p. 39).

Assim, para o Sen, enquanto uma teoria da justiça de abordagem transcendental pretende responder a pergunta "o que seriam as instituições perfeitamente justas?"; a abordagem de comparação focada em reaplicações, ao seu turno, quer encontrar resposta para a pergunta de "como a justiça pode ser promovida?". Pelo que se vê, a diferença principal está na abordagem. Mas, apesar dessas diferenças nesses dois modelos de abordagens, Sen frisa que elas possuem importantes pontos em comum, a saber: a dependência da argumentação racional e o apelo às exigências do debate público.

Logo, embora Sen formule críticas a Rawls, ambos se dedicam à elaboração de concepções de justiça de cunho igualitarista e procuram lidar com as questões de desigualdades e pobreza nas sociedades democráticas contemporâneas. Ademais, ambos rejeitam posições utilitaristas. Por isso, na visão de Vita (1999, p. 1), a divergência entre os autores pode ser entendida como uma "briga em família".

As ideias igualitárias de Sen partem da pergunta: igualdade de quê? O autor coloca em pauta o local correto em que deve ser buscada a igualdade, pois as distintas teorias colocam a igualdade em algum espaço o que "pode fazer com que se seja anti-igualitário em algum outro espaço, cuja importância comparativa na avaliação global tem de ser apreciada criticamente" (SEN, 2012, p. 47). Desse modo, as várias teorias igualitárias podem ser distinguidas em relação ao espaço em que cada uma delas entende no qual as pessoas podem ser iguais, o que Sen chama de igualdade basal.

Rawls (2016, p.75-76), como dito, coloca no centro de sua teoria a distribuição igualitária de bens sociais primários compreendidos de forma ampla pela

liberdade, oportunidade e riqueza, bens que todo indivíduo racional deseja, não importando o que mais deseje para a realização do seu plano de vida. Estes bens são distribuídos pelas instituições sociais.

Sen (2012, p. 34), por seu turno, defende a igualdade de capacidades, entendendo a capacidade como o que concede conteúdo à liberdade. Em outras palavras, as capacidades são as possibilidades de transformar bens primários sociais, tendo em vista os funcionamentos dos indivíduos. A ideia de capacidades está atrelada, portanto, à igualdade de oportunidades e, assim, à liberdade de escolha para alcançar seus objetivos. Seu interesse está relacionado à necessidade de desenvolver uma teoria que não se “limite à escolha das instituições nem à identificação de arranjos sociais ideais” (SEN, 2011, p. 48). Em seu ponto de vista, “a necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato” (SEN, 2011, p.48).

Isso não quer dizer que Sen não reconheça a importância das instituições e das regras na realização de um projeto de justiça social. Mas considera que as realizações de fato não se limitam ao quadro organizacional, pois incluem as vidas que as pessoas de fato conseguem viver. Logo, a liberdade das pessoas está relacionada à possibilidade de escolha entre diferentes tipos de vida.

Desse modo, tanto a teoria de Sen, quanto a de Rawls almejam a meta correta, que é a liberdade para realizar, e não a realização propriamente dita, mas percorrem caminhos diferentes. A problemática, segundo Sen (2012, p. 50), é que os “seres humanos diferem uns dos outros de muitos modos distintos”. Logo, essa variedade transforma a relação entre renda e bem-estar, tornando-a muito variável de acordo com as possibilidades que cada pessoa possui para transformar renda em bem-estar. Bens primários, para Sen, são meios para a liberdade, que podem ou não se converterem em liberdade a depender da capacidade de cada pessoa. Por isso, não basta que as pessoas sejam igualadas na renda, “a liberdade tem de ser distinguida não apenas da realização, mas também de recursos e meios para a liberdade” (SEN, 2012, p. 75).

Nesse contexto, a abordagem das capacidades traduz-se em uma estrutura para a avaliação do bem-estar do indivíduo e da liberdade para que esse bem-estar seja buscado. Desse modo, situações tais como a pobreza, as desigualdades e as

políticas públicas podem ser analisadas a partir dos conceitos de funcionamentos (*functionings*) e capacidades (*Capability Approach*)<sup>41</sup>.

Os funcionamentos, por sua vez, são aquilo que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou ter, podendo ser elementares ou complexos e serão sempre constitutivos para o bem-estar individual. Sen (2012, p. 95) explica:

A realização de uma pessoa pode ser concebida, sob esse aspecto, como o vetor de seus funcionamentos. Os funcionamentos relevantes podem variar desde coisas elementares como estar nutrido adequadamente, estar em boa saúde, livre de doenças que podem ser evitadas e da morte prematura etc., até realizações mais complexas, tais como ser feliz, ter respeito próprio, tomar parte na vida da comunidade, e assim por diante. A asserção é de que os funcionamentos são constitutivos do “estado” [*being*] de uma pessoa, e uma avaliação do bem-estar tem de assumir a forma de uma apreciação desses elementos constituintes.

Assim, seria possível analisar, no contexto das políticas públicas, o bem-estar de uma pessoa em termos da qualidade de seu estado e se sua vida está intimamente ligada ao conjunto de funcionamentos, que compreendem estados e ações, todos inter-relacionados, que desencadeia ao longo da vida.

Os funcionamentos são os elementos constitutivos do bem-estar individual e a capacidade está atrelada à possibilidade de realizar funcionamentos. Sen interliga a ideia de liberdade à capacidade de produzir funcionamentos. Assim, nas palavras de Lamarão Neto e Brito Filho (2016, p. 91), “considera que a liberdade pode ser vista como intrinsecamente importante para uma boa estrutura social. Uma boa sociedade também é, nesta concepção, uma sociedade de liberdade”.

Nesse sentido, Sen quer ampliar a abordagem de Rawls em relação aos bens primários, pois ele considera que a métrica utilizada por Rawls não leva em consideração as variações das pessoas em relação às suas capacidades de conversão de bens primários em viver bem. Logo, Sen propõe a mudança de foco dos bens primários para a avaliação real das liberdades.

Desse modo, resta evidente que Sen instaura uma nova forma de se pensar a distribuição de bens em uma sociedade. Embora sua abordagem possua semelhança com a igualdade de bens primários de Rawls, em detrimento da

---

<sup>41</sup> A expressão *Capability Approach* é frequentemente traduzida para o português como “abordagem das capacidades”. Contudo, os tradutores das obras de Sen optam pela tradução dos termos “capability” e “functionings” respectivamente por “capacidade” e “funcionamentos”.

igualdade de bens-estar, o autor propõe algo a mais, pois para ele não basta igualar as pessoas em renda e riquezas, é preciso que as pessoas sejam iguais na capacidade de transformar essa renda e riqueza em capacidade real de realizações, uma vez que o autor considera a enorme diversidade entre as pessoas.

Para que fique claro, andar de bicicleta, por exemplo, pode ser considerada uma espécie de funcionamento. A bicicleta é um instrumento e é preciso compreender qual razão leva distintas pessoas a usarem este instrumento. Um rico executivo com forte consciência ecológica decide ir ao trabalho todos os dias de bicicleta e um pobre homem também vai de bicicleta todos os dias à fábrica onde trabalha. Ambos estão compartilhando do mesmo funcionamento (*functioning*), mas por razões muito distintas. O rico executivo fez a opção de ir de bicicleta, mas poderia ir de carro particular ou de táxi. Por sua vez, o operário vai de bicicleta porque não tem outra opção. Desse modo, fica claro que o executivo possui maior liberdade que o trabalhador, uma vez que pode escolher entre um leque de opções disponíveis (REGO; PINZANI, 2014, p. 68).

Nessa esteira de raciocínio, algumas questões sociais relevantes podem ser consideradas. É diferente quando alguém passa fome porque está de dieta, ou porque está fazendo jejum de quando uma pessoa passa fome porque não possui dinheiro e nem meios para adquirir comida. Ou mesmo é diferente quando alguém não faz determinado tratamento por não acreditar na sua eficácia e quando alguém não faz esse mesmo tratamento porque não tem condições de custear os fármacos indicados.

Fica claro, então, que a proposta de Sen não visa igualar as pessoas em seus funcionamentos, uma vez que os funcionamentos “são constitutivos do bem-estar, a capacidade representa a liberdade de uma pessoa para realizar bem-estar” (SEN, 2012, p. 89). Ou seja, a proposta de Sen é tornar as pessoas livres para escolher os funcionamentos que para elas são relevantes, e o que deve ser buscado é a igualdade de capacidades para realizar estes funcionamentos, ou seja, a igualdade de liberdade para realizar. Na visão de Gargarella (2008, p. 72-73), segundo Sen, “o que deveria ser considerado é algo ‘posterior’ à posse desses recursos, mas ‘anterior’ à obtenção da utilidade”.

Assim, fica evidente a preocupação de Sen com as circunstâncias pessoais dos indivíduos. Diante da diversidade humana ele considera a pessoa como um todo, o que come, onde vive, onde trabalha, em qual cultura está inserida, dentre

outros inúmeros fatores. O autor sabe que as pessoas não possuem os mesmos talentos e nem as mesmas capacidades; preocupa-se com as possibilidades reais que as pessoas têm de empregar seus recursos nos seus próprios objetivos para obtenção dos mesmos graus de realizações.

Nesse sentido:

[...] as *capabilities* se referem não somente a capacidades e habilidades, mas também a estados mentais, a outros estados subjetivos (como estar com saúde, ser alfabetizado etc.) e circunstâncias externas. Portanto, podem ser pensadas somente como um conjunto, e não como qualidades isoladas (REGO; PINZANI, 2014, p. 69).

Sen considera que a liberdade tem um significado negativo de ausência de interferência do Estado na esfera privada, mas afirma que a liberdade está relacionada à expansão das capacidades, ou seja, à ampliação das possibilidades de escolha que as pessoas podem ter para levarem a vida que valorizam (SEN, 2010, p. 32).

Em resumo, a concepção de justiça de Sen está relacionada às particularidades de cada pessoa, assim como às privações pelas quais passam. Ao considerar que a teoria centrada nas realizações é o modelo adequado de justiça social compreende que as liberdades substanciais podem ser ampliadas. A ideia de liberdade, assim, não pode ser dissociada da realização da igualdade no seu sentido material, o que relaciona aos direitos sociais como prioritários para proporcionar a igualdade de capacidades, pois a privação desses direitos afeta diretamente a capacidade de escolha e autonomia das pessoas.

Isso não quer dizer que Sen descarte por completo o modo de Rawls compreender as liberdades, mas faz a defesa de uma visão mais ampla, uma liberdade mais abrangente para realizar, o que não descaracteriza o significado da liberdade negativa, apenas acrescenta a ele a necessidade de proporcionar às pessoas condições de liberdades materiais a partir das suas diversidades pessoais e recursos para a transformação em capacidades.

Assim, resta evidente que as teorias de Rawls e Sen, embora possuam pontos divergentes, em outros podem se complementar com vistas à formação de um suporte teórico suficiente e adequado para a garantia do direito à saúde distribuição de medicamentos que atenda aos objetivos do constituinte,

especialmente tendo em vista as características do direito à saúde e o imperativo de dignidade da pessoa humana. Portanto, passa-se a leitura conjunta dessas teorias, na tarefa de formar o fundamento teórico adequado para o que tem sido discutido na presente dissertação.

#### 4.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À SAÚDE

Na presente seção, pretende-se que a discussão teórica sobre o direito à saúde seja trazida para o campo fático. Não se objetiva esgotar o tema com minuciosa análise jurisprudencial, mas apenas, em caráter ilustrativo, destacar alguns julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria envolvendo o direito à saúde e distribuição de medicamentos, de modo que fique claro que a jurisprudência da Corte Suprema brasileira é formada de avanços e retrocessos até que se chegue ao entendimento atual que, pelo que parece, ainda precisa ser lapidado.

Ademais, da análise jurisprudencial se pode perceber que por trás de uma decisão há sempre um ideal de justiça, que repercute na forma como os direitos fundamentais sociais são distribuídos, isso porque o limite de concessão e garantia desses direitos pelo Estado muda de acordo com a concepção de justiça que se adote.

Inicialmente, observa-se uma tendência dos tribunais, a começar do STF, de reconhecer o direito de as pessoas pleitearem, individualmente, em juízo, as prestações que entendem devidas pelo Estado em matéria de direito à saúde, a exemplo da decisão proferida no AgRg no Recurso Extraordinário nº. 271.286-8/RS, no ano de 2000, de relatoria do ministro Celso de Mello, que reconheceu o direito à saúde como o direito indissociável ao direito à vida.

O caso versava sobre a condenação do Município de Porto Alegre em fornecer gratuitamente medicamentos para AIDS/HIV em favor de pessoas carentes. A divergência chegou à Corte Suprema por meio de Recurso Extraordinário, que não foi conhecido pelo ministro Relator Celso de Mello, o qual manteve acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, por sua vez, havia reconhecido incumbir, solidariamente, ao Município de Porto Alegre e ao Estado do Rio Grande do Sul a obrigação de fornecerem gratuitamente medicamentos

necessários ao tratamento de AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV.

O Município de Porto Alegre, inconformado com a decisão, interpôs agravo regimental, sob alegação de que a decisão violou o art. 167, I da CF que veda o início de programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual. Aduziu, ainda, a afronta ao princípio federativo da separação de poderes, bem como ao art. 198 e seu parágrafo único da CRFB/88, que responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento, ações e serviços de saúde.

O recurso foi levado a julgamento perante a 2ª Turma do STF, que negou provimento, sustentando que o direito à saúde é um direito indissociável do direito à vida, além de que sua interpretação de norma programática não pode transformá-lo em promessa constitucional inconsequente. Nesse sentido, decidiu:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 inconsequente, 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A

PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, 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. Precedentes do STF (STF - AgRg no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pela segunda turma, em 12/09/2000).

Após o julgado acima transcrito, o STF, por diversas vezes, manteve o entendimento, no sentido de determinar a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos em situações individualizadas.

Outro exemplo que merece destaque é a decisão da Corte no AgRg no recurso extraordinário nº. 393.175-0 do Rio Grande do Sul. Em que se pese o deslinde da questão ter se fundamentado em aspecto processual, não se pode ignorar a posição adotada pelo ministro Celso de Mello, relator, o qual defendeu que a inviolabilidade do direito à vida constitui direito subjetivo inalienável e constitucionalmente garantido, tornando-se impossibilitada a hipótese de prevalência dos interesses financeiros do Estado ante a magnitude do direito à vida/saúde. Ressalte-se que o ministro Celso de Mello chegou inclusive a classificar o interesse financeiro estatal como de natureza secundária.

**E M E N T A:** PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACODEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF. RE 393175 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007).

Importante destacar que o estudo da jurisprudência do STF não pode desconsiderar a Audiência Pública, realizada em 2009, na qual os ministros debruçaram-se sobre as questões que envolvem a judicialização da saúde. O que se percebe é que, anteriormente a essa Audiência Pública, a Corte não havia ainda se

pronunciado de forma definitiva e amplamente embasada sobre o assunto, não tendo abordado por completo os inúmeros pontos do debate referente ao direito à saúde.

Dentre os julgados do STF ocorridos anteriormente à Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde, é possível perceber certa similitude no que concerne às justificativas apresentadas pelos Ministros. As fundamentações tornam-se repetitivas, principalmente quando ressaltavam a hipossuficiência econômica da parte autora e as questões orçamentárias do Estado.

O assunto é tão relevante que ensejou o diálogo em Audiência Pública, de número 4, realizada pelo STF, em maio e abril de 2009, na qual foram discutidas questões relativas às demandas judiciais relacionadas à assistência à saúde, quando foram ouvidos 50 (cinquenta) especialistas na matéria, considerando o número de ações judiciais sobre o tema e a consequente necessidade de aprofundar estudos com vistas à prevenção de litígios e à adequada gestão dos processos em tramitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constituiu, então, um grupo de trabalho (Portaria nº. 650, de 20 de novembro de 2009).

Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação nº. 31, de março de 2010, pelo Plenário do CNJ, que especifica diretrizes de julgamento aos magistrados em demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em abril de 2010, o CNJ criou, por meio da resolução nº. 107, o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. E, para subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum foi instituído um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde.

Em 2016, O CNJ editou Resolução nº. 238/2016, que versa sobre a criação e manutenção dos Comitês Estaduais de Saúde, no âmbito dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, com objetivo de fortalecer o trabalho conjunto com o Poder Judiciário para uma adequada concretização das políticas públicas voltadas à saúde, fomentando o diálogo e a participação de interessados, sem, contudo pretender que os Comitês funcionem como instância de correção de gestões inadequadas dos administradores.

Efetivamente, com o fim da Audiência Pública sobre saúde de 2009, o STF criou as referências jurisprudenciais para decidir sobre pedidos de prestação à

saúde, tendo figurado como valoroso precedente a decisão acerca do AgRg da STA 175-CE, caso que possui a seguinte ementa:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema único de Saúde – SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (*miglustat*). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STF. AgRg na STA 175-CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 30/4/2010.).

O caso em tela trata da judicialização do direito à saúde, especificamente sobre o fornecimento de medicamentos. Trata-se de um agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 do Estado do Ceará. A reclamante era uma jovem de 21 anos, acometida pela doença de Niemann-Pick tipo C, doença neurodegenerativa rara que causa diversos movimentos involuntários.

O tratamento para a enfermidade custaria para a autora, mensalmente, o valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais)<sup>42</sup> e, considerando a condição socioeconômica da enferma e de seus familiares, não era possível que o tratamento fosse custeado sem a ajuda do Estado, pois o montante era incompatível com a renda familiar da jovem, que recorreu ao Judiciário na tentativa de que seu tratamento fosse custeado pela União, Estado do Ceará ou Município de Fortaleza.

A União alegou que a decisão objeto do pedido de suspensão afronta o princípio da separação dos poderes e as normas do SUS, assim como desconsidera a função que é da administração de definir as políticas públicas, o que caracterizaria uma intervenção indevida do judiciário, além de ressaltar que o medicamento, à época da propositura da ação, não estava registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou seja, não era contemplado pela política farmacêutica da rede pública.

O ministro Gilmar Mendes analisou o art. 196 da CRFB/88, explicando cada uma das expressões constantes no dispositivo, quais sejam: direito de todos, dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, visem à redução do

---

<sup>42</sup> Equivale a € 13.333,33 no câmbio de 05/01/2018.

risco de doenças e outro agravos, acesso universal e igualitário, ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O plenário do STF decidiu pela manutenção da decisão do Tribunal de origem, negando provimento ao recurso de agravo, mantendo a determinação de concessão do medicamento à autora, chamando atenção para o fato do reconhecimento do direito subjetivo à saúde da reclamante, considerando as suas particularidades, independentemente da existência de políticas públicas de caráter geral.

Ademais, o relator ressalta a doutrina de Cass Sunstein e Stephen Holmes para destacar que todos os direitos têm custos, implicam em prestações e requerem o emprego de recursos públicos, contudo, destaca que é a dimensão prestacional dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. Portanto, o ministro afirma que as escolhas alocativas seguiriam critérios de justiça distributiva.

Outro ponto que merece destaque é a afirmação do ministro de que a expressão “direito de todos” comporta tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. É dizer que, em relação à garantia de direitos sociais, é preciso que nas prestações devidas pelo Estado se leve em conta as necessidades de cada indivíduo singularmente considerado. Desse modo, entende-se que, embora ainda precisando de ajustes, o julgado representou um avanço da jurisprudência do STF no sentido de garantir o direito à saúde da forma adequada, aproximando-se, em alguns pontos, do proposto no presente trabalho a partir do liberalismo igualitário.

A crítica ao julgado gira em torno da afirmação do relator de que o direito à saúde, na qualidade de direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Portanto, não haveria um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para promoção, proteção e recuperação da saúde. Para o ministro, a garantia da prestação individual estaria condicionada ao não comprometimento do sistema de saúde. Nesse sentido, percebe-se a necessidade de um avanço no conceito de direito subjetivo à saúde, uma vez que não se admite que a sua garantia seja condicionada à existência da política pública, mas, ao contrário, deve ser garantido sempre que necessário e de acordo com as particularidades de cada indivíduo.

Apesar do registrado avanço a partir da decisão proferida no pedido de STA nº. 175/CE, as questões que envolvem a garantia do direito à saúde, especialmente àquelas relacionadas a distribuição de medicamentos continuam controversas,

exemplo disso é a celeuma pendente de julgamento no STF relacionada à possibilidade do fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo, bem como à possibilidade de provocação do judiciário em situações que envolvam concessão de medicamentos sem registro na ANVISA.

Quando demandas como estas chegam ao Órgão Supremo do Poder Judiciário do País e ganham repercussão geral, como aconteceu recentemente nos Recursos extraordinários (REs.) 566471 e 657718, é sinal de que há uma falha na prestação de saúde pelo Poder Público, situação que faz crescer o número de ações judiciais. Em 28 de outubro de 2016 o julgamento conjunto dos recursos foi suspenso em razão do pedido de vista do ministro Teori Zavascki.

No caso do RE 566471, o Estado do Rio Grande do Norte recusou-se a fornecer medicamento de Sildenafil 50 mg, medicamento de alto custo, destinado ao tratamento das enfermidades decorrentes de miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar para uma senhora idosa e carente, alegando que o elevado valor do remédio e a ausência de previsão no programa estatal de dispensação de medicamentos seriam motivos suficientes para recusa. A idosa acionou a Justiça para pleitear que o estado fosse obrigado a fornecer o remédio. A sentença de primeiro grau determinou a obrigação do fornecimento, decisão que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça estadual.

O autor do recurso contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Procurador do Estado, defendeu a observância da política pública definida pelo Ministério da Saúde. Afirmou que a relação de medicamentos contempla vários fármacos, determinando a competência de cada Ente para garantia. Conforme explana o Procurador, essa divisão não vem sendo respeitada. Ademais, sustentou que ao determinar-se o fornecimento do medicamento não inserido da política pública, o valor por ele desembolsado extrapolaria o determinado no orçamento, o que causaria lesão à ordem e à economia públicas, invocando, ainda, o argumento da reserva do possível.

O ministro relator, Marco Aurélio, ratificou seu entendimento anterior no sentido de que o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias e que problemas orçamentários não podem impedir o previsto constitucionalmente, defendendo, assim, a máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais, ainda mais diante da dimensão do mínimo existencial, estando, inclusive, a saúde, vinculada à dignidade do homem.

Um ponto relevante do voto do ministro Marco Aurélio diz respeito à possibilidade de solidariedade familiar. Nesse sentido, assevera:

Diante do quadro, percebe-se ser viável incluir, no tocante ao tema deste recurso, a discussão quanto aos deveres de solidariedade familiar. Pode-se cogitar de um dever subsidiário do Estado em relação aos membros da família do paciente? A resposta é afirmativa.

A realização do direito à saúde pelo Estado está incluída em um projeto mais amplo de justiça redistributiva: a sociedade como um todo, por meio do pagamento de impostos e de específicas contribuições sociais, financia serviços públicos no campo dos direitos sociais – programas de educação, moradia, alimentação, trabalho, saúde, previdência e assistência social – em benefício, principalmente, dos mais necessitados. A solidariedade social é o princípio que governa essas práticas políticas (STF. RE 566471/RN, Voto do Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, 2016).

Ademais, o relator, Ministro Marco Aurélio se manifestou em um primeiro voto e, depois de duas semanas, aditou seu voto. Inicialmente, manteve entendimentos anteriores e manifestou-se no sentido de que em casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas (1) a imprescindibilidade, adequação e necessidade do medicamento e (2) a incapacidade financeira do paciente e sua família para aquisição, e (3) o remédio esteja registrado ou na ANVISA ou no país de origem da importação.

No aditamento do seu voto, retirou o requisito de número três e tratou da possibilidade de não exigência do registro na ANVISA. Contudo, no caso concreto, ambos os processos não estavam mais em análise, pois no caso do primeiro recurso o medicamento foi incluído na lista de remédios disponíveis pelo SUS e, no caso do segundo recurso, o fármaco foi registrado pela ANVISA. Mas, diante da repercussão geral reconhecida, o interesse coletivo se sobrepõe ao individual no sentido de ser analisada a celeuma.

O ministro Luís Roberto Barroso propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde: 1) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; 2) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; 3) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; 5) propositura da demanda

necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.

Ademais, destacou o ministro a necessidade de observância de um parâmetro dito por ele como procedimental, qual seja, a importância do diálogo entre as instituições envolvidas, o Poder Judiciário e os entes ou pessoas com capacidade técnica na área de saúde, o que valoriza os profissionais do SUS e, ainda, instituições como o Ministério da Saúde e o CONITEC.

No caso do RE 657718, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou o pedido da autora da ação, que precisava do medicamento Mimpára 30mg, sem registro na ANVISA à época do ajuizamento da ação. O tribunal estadual entendeu que, apesar de o direito à saúde estar previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na Anvisa, sob pena de vir a praticar autêntico descaminho. O Tribunal ressaltou a inexistência de direito absoluto e, tendo em vista a prevalência do interesse coletivo, bem como dos princípios do artigo 37 da CF, relacionados a competência do administrador de gestão dos recursos disponíveis, e a importância do registro na ANVISA.

O ministro relator considerou que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa por decisão judicial, considerou a insegurança do uso de medicamento sem registro e propôs tese no sentido de que o registro do medicamento na ANVISA é condição que não pode ser afastada.

O ministro Luís Roberto Barroso votou contra a obrigação de fornecer medicamentos que não são registrados na ANVISA. Destacou que, no caso de medicamentos experimentais, ainda em fase de testes, em nenhuma hipótese pode o Judiciário obrigar o Estado a fornecê-los. Por sua vez, em relação aos medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, considerou a possibilidade do fornecimento em situações excepcionais, preenchidos alguns requisitos e na hipótese de omissão e demora do pedido no âmbito administrativo. Por sua vez, O ministro Luiz Edson Fachin seguiu a mesma linha de Barroso e também propôs parâmetros que devem balizar os pedidos para concessão de medicamento.

Pelo que se observa, os votos ainda estão em elaboração e ainda há muito o que dialogar no STF quando a questão envolve direito à saúde e distribuição de

medicamentos. Mas, resta evidente que alguns conceitos se repetem a cada julgado, tais como o conceito de mínimo existencial, reserva do possível, direito subjetivo, dentre outros. A leitura das decisões da Corte confirma que a matéria está diretamente relacionada à justiça distributiva e dela não pode se apartar. É dizer que, por trás de toda decisão, voto ou pronunciamento dos Ministros há um ideal de justiça distributiva, ora evidente, ora subentendido, mas sempre presente.

## **CONCLUSÃO: O FUNDAMENTO TEÓRICO ADEQUADO PARA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE E DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS**

Tendo percorrido o caminho traçado na introdução da presente pesquisa, é chegada a hora de apresentar as conclusões do estudo, de modo a suscitar a reflexão acerca da urgente necessidade de se buscar uma “adequada” garantia de direitos sociais no Brasil, entendida como àquela que sempre promove a dignidade da pessoa humana, que proporciona às pessoas a garantia do que é mais básico – a saúde – na medida das suas necessidades, com vistas a conceder a todos os indivíduos os meios necessário para o sucesso dos seus projetos de vida, sejam eles quais forem.

Nesse sentido, o objetivo da presente dissertação foi repensar, primeiro, a forma de atuação do Estado na garantia da saúde no que diz respeito à distribuição de medicamentos, que se dá por meio das políticas públicas, a partir de considerações de justiça e, mais importante, objetivou-se pensar a saúde como uma questão de justiça distributiva.

Para tanto, concluiu-se, inicialmente, que o princípio da dignidade da pessoa humana, tão inerente à República instaurada no Brasil a partir de 1988, impõe, de modo absoluto, que todos os direitos fundamentais, inclusive os de caráter prestacional, especialmente os sociais e, dentre eles o direito à saúde, sejam garantidos em níveis adequados a todos os indivíduos, consideradas suas necessidades mais particulares.

A dignidade, de matriz Kantiana, tal como foi conceituada nas linhas anteriores, não permite ao Estado outra alternativa senão a defesa do direito à saúde, a distribuição de medicamentos essenciais, que o são não somente por constarem na lista da RENAME, mas pela importância na vida de cada pessoa. Portanto, compete também ao Estado a revisão da lista, inclusão e até mesmo a concessão de medicamentos que nela não constem a todos os que deles necessitam.

Em um nível ideal de desenvolvimento social, pensa-se que cada um deve gozar do que lhe é mais caro, mais fundamental, gozar da saúde, ter acesso aos medicamentos que lhes são necessários, sem que para isso precise acionar o Poder Judiciário para coagir o Estado a realizar os seus deveres constitucionais, mas,

antes, através de políticas públicas elaboradas com base em um ideal de justiça distributiva, isso por imperativo próprio da dignidade, no sentido de reconhecer cada pessoa como um fim em si mesma e nunca como meio.

Os direitos sociais, dentre eles a saúde, foram elevados a um nível superior no ordenamento jurídico inaugurado com a CRFB/88, isso porque elevados ao patamar de direitos fundamentais, situação que aliada à eleição pelo constituinte da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, permite entender que, desde a elaboração da Carta Magna de 1988, o próprio constituinte já deixava evidente sua preocupação com a garantia do que era mais essencial para os indivíduos.

Por conseguinte, resta evidente que o constituinte elegeu o próprio homem como preocupação máxima a guiar a atuação do Estado, para o qual este Ente deve estar a serviço. Logo, o fim último e a justificativa da existência do Estado é o reconhecimento, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, elemento que concede unidade de sentido à realização do direito à saúde. Assim, não seria a existência do Estado senão para essa garantia. Em outras palavras, um Estado que não reconheça o indivíduo como o legítimo destinatário dos direitos sociais e não os garanta na integralidade é dispensável.

Procurou-se, desse modo, apontar como fundamental a compreensão e análise de políticas públicas, sendo elas o meio de atuação do Estado, destacando-se que se trata de institutos com incidência em diversas áreas do conhecimento, ou seja, para elaboração de uma política pública muitos fatores devem ser considerados. No caso da PNM e PNAF há que ser considerado que o que é essencial para as pessoas pode variar no tempo e no espaço, isso porque as necessidades mudam, as pessoas são diferentes, cada organismo reage de uma forma e o conceito de saúde não é estanque.

Outrossim, as políticas possuem interesse jurídico, uma vez que as normas definidoras de direitos sociais não são meras recomendações, mas normas dotadas de imperatividade. Significa dizer que o Estado está obrigado a realizar o mandamento constitucional utilizando-se, para tanto, das políticas públicas, deslocando a matéria do campo de discricionariedade do Estado e impondo-lhe um dever.

Ademais, na elaboração de políticas de saúde é essencial um olhar que recaia sobre todas as etapas que compõem o ciclo das políticas, isso porque, de

uma forma ou de outra, elas retratam interesses políticos e ideais de justiça. Desse modo, é preciso uma articulação justa desde a elaboração do desenho da política até seu processo de avaliação e de legitimidade. Portanto, pode-se afirmar que o SUS e as suas políticas de distribuição de medicamentos revelam uma noção de justiça distributiva.

Na verdade, de um modo geral, toda política pública voltada à garantia de direitos fundamentais sociais traz em si a noção de justiça distributiva e a preocupação com a redução das desigualdades sociais através da “justa” distribuição de recursos.

Acontece que, primeiro, é recente a análise de políticas públicas por esse viés, uma vez que elas não eram de pronto relacionadas à preocupação da justiça e, depois, o conceito de justo é apresentado de diferentes formas na filosofia política, o que acaba por dificultar uma unanimidade. Portanto, definir um parâmetro de justiça que guie a elaboração de políticas distributivas é essencial.

Desse modo, tendo em vista que a Lei da Saúde estabelece princípios norteadores da regulação do próprio SUS, abre-se espaço para o questionamento acerca da justiça desse sistema. Por essa razão, o justo e o injusto interessam diretamente à análise. Uma concepção de justiça deve ser anterior e sustentada pela própria sociedade. O ciclo de elaboração de todas as políticas que fazem parte do SUS, em especial a de distribuição de medicamentos, deve ser democrático, acordados em função da concepção de justiça adotada, que determinará todas as condicionantes, inclusive o atuar do administrador, com vistas a implementação, na prática, de ações baseadas no ideal de justiça social escolhido.

Logo, se a preocupação com a justiça surge a partir do reconhecimento de que arbitrariedades acontecem e devem ser corrigidas a partir da justa distribuição de bens e direitos, assim como há o patente reconhecimento de que a saúde é um desses bens essenciais, de singular relevância para a garantia de dignidade dos indivíduos, para a consecução de qualquer projeto de vida, é preciso reconhecer uma concepção de justiça que, inclusive com seus princípios, objetive a realização da saúde em níveis adequados, tal como determinam as expectativas dos indivíduos.

Isso porque, na prática, alguns argumentos são apresentados para negar às pessoas o que é necessário para que usufruam dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, não obstante o mandamento constitucional, o que se observa é que a

efetivação dos direitos sociais encontra óbice. Concepções que se sustentam em argumentos, desde os que negam a fundamentalidade dos direitos sociais, passando por aqueles em defesa de que é preciso compatibilizar as necessidades das pessoas com a capacidade do Estado de prestar os serviços necessários, até chegar aos que defendem a impossibilidade de se entender direitos sociais como direitos subjetivos de índole individual.

Assim, reitera-se, os argumentos contra ou a favor da realização dos direitos sociais são, na maioria das vezes, apresentados sem que se indique claramente uma concepção de justiça como sustentáculo. Porém, identificá-la permite entender porque, muitas vezes, o Estado pode se negar a oferecer o básico aos indivíduos, que no caso aqui discutido é a saúde plena, como se fosse algo normal.

Nesse sentido, mais precisamente no capítulo terceiro, - após caracterizado o direito à saúde, apresentado o conceito de dignidade da pessoa humana como unidade de sentido a garantia de direitos sociais, dispensada atenção ao estudo das políticas públicas e ficado evidente a necessidade de analisar esses institutos sob a perspectiva da justiça distributiva -, foram apresentados os argumentos que, de uma forma ou de outra, mostram-se como limitadores da plena garantia do direito à saúde.

Inicialmente, ressaltou-se que embora o constituinte tenha relacionado o direito à saúde a coletividade é preciso ter clareza de que isso em nada diminui seu conteúdo e nem a obrigatoriedade de sua realização com base nas necessidades de cada pessoa individualmente considerada, isso porque a promoção da dignidade da pessoa humana é assegurada por meio dos direitos e garantias fundamentais e o direito à saúde é de fruição individual, o que significa dizer que, na prática, cada pessoa manifesta necessidades distintas.

Entender diferente é reforçar a tese reducionista daqueles que se utilizam do fato de ser o direito à saúde um direito social para lhe negar o caráter de direito subjetivo de índole individual, negando também que possa ser pleiteado judicialmente na via individual. Isso leva à conclusão necessária de que a forma adequada de garantia de saúde através da distribuição de medicamentos é aquela que observa as particularidades de cada pessoa. Portanto, é preciso garantir acesso aos medicamentos necessários a todos e a cada um.

É verdade que, sendo o direito à saúde um direito social, pode o Estado imprimir esforços para realização de políticas públicas voltadas à coletividade, como

o faz na elaboração da RENAME, instrumento de grande serventia para o acesso dos indivíduos aos medicamentos essenciais. Entretanto, a atuação do Estado na distribuição de medicamentos não pode se restringir a políticas elaboradas com esse viés coletivo, ou seja, restringir a integralidade do acesso à saúde somente aos medicamentos constantes na lista, uma vez que a própria característica do direito que se está a proteger requer atenção voltada ao indivíduo, por imperativo de dignidade, mas também porque o direito à saúde é, ao mesmo tempo, individual e transindividual por sua própria natureza.

Depois, da análise dos argumentos relacionados aos custos do direito e à reserva do possível, foi possível concluir que a frequente invocação desses argumentos como justificativas para a não realização pelo Estado dos deveres constitucionais de garantia dos direitos fundamentais sociais, revela, além de um total descompromisso com pessoa humana e com a eleição feita pelo constituinte, uma inversão de valores que acaba por reduzir ao mínimo aquilo que deveria ser prioridade absoluta.

Isso porque, como ficou claro ao longo desta pesquisa, sempre que há falta de recursos para garantia de direitos sociais há também uma implícita conclusão de que, anteriormente, os recursos necessários foram aplicados com finalidades distintas daquela eleita pelo legislador. O que se percebe, de fato, é que os recursos não são escassos, mas tornam-se insuficientes para garantia de direitos sociais em níveis adequados pelas próprias escolhas do administrador.

Nesse sentido, a afirmação não é de que os recursos materiais são infinitos, não. Mas, que mesmo sendo finitos devem ser manejados com objetivo de garantir o essencial, o prioritário, ou seja, o que se apresenta como necessário para a dignidade do homem. E, como foi reiteradamente explanado, o próprio constituinte pré-estabeleceu que os direitos fundamentais, dentre eles à saúde, assim o são.

Assim, o constituinte elegeu os direitos fundamentais e os relacionou diretamente ao fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, transformou a matéria em obrigação jurídica, impôs ao Estado a sua prioritária realização através das políticas públicas, ou seja, trata-se de assunto que não se encontra na esfera política de discricionariedade do Estado. Portanto, pode-se concluir que o argumento da reserva do possível não pode validamente ser invocado pelo Estado para que se exima de prestar algum direito

quando este esteja no rol daquilo que é fundamental, ou seja, não afeto às matérias sobre as quais o Estado pode optar.

Ademais, embora a teoria do SUS seja estruturada para garantia de acesso universal, igualitário e integral, conforme apresentada no capítulo terceiro, na prática o sistema revela-se imbuído de uma noção de justiça claramente utilitarista dos governantes, primeiro quando pensam a saúde a partir da coletividade, como citado acima, ou seja, quando se utilizam das políticas públicas para somente atender as necessidades da maioria das pessoas. Isso acontece na elaboração da lista de medicamentos essenciais, pois é evidente que a escolha dos medicamentos que integram a lista tem a clara finalidade de maximizar o bem da maioria, solapando o interesse das pessoas em si consideradas. Depois, porque a universalidade está restringida àquilo que o sistema “pode” ofertar, maculando o próprio conceito de universal.

A predominância do bem sobre o justo sobressai da análise das políticas de distribuição de medicamentos, o que acaba por permitir, tal como prevê o utilitarismo, que as preferências dos membros dos grupos minoritários sejam preteridas, desde que com isso se maximize a utilidade e se contemple a maior parte dos indivíduos. Nesse sentido, não custa reprimir: é evidente que o Estado não pode conceder tudo. Não é isso que se quer. Mas ele é obrigado constitucionalmente a conceder o que é essencial. Logo, não se admite que qualquer pessoa seja desconsiderada em sua particularidade, mesmo que isso maximize o bem da comunidade.

Propõe-se, em contrapartida, que a teoria de justiça de Rawls seja a bússola para guiar a atuação do Estado na garantia do direito à saúde e distribuição de medicamentos. Rawls a apresenta como uma alternativa ao utilitarismo, no sentido de reconhecer que a vida humana apresenta-se com uma inviolabilidade que lhe é inerente, assim como a justiça de um arranjo social depende de como as instituições irão distribuir os bens e direitos com absoluta prioridade ao resguardo dessa inviolabilidade.

Rawls é um filósofo político norte-americano que nasceu e morreu no século XX, vivenciou de perto os problemas do seu tempo, sua teoria foi elaborada a partir das experiências históricas da filosofia política desde o século XVIII até o século XX. Mas, ao elaborar sua teoria ele não se preocupa com a dimensão natural da pessoa no sentido de como é a vida dessa pessoa singularmente considerada, ou seja, o

que ela come, como dorme, onde mora, etc.; a teoria de Rawls está preocupada em como as instituições distribuem bens e direitos na estrutura básica, pois, para ele, a justiça de uma sociedade mostra-se na igualdade entre os seres humanos como valor intrínseco. Logo, a teoria de Rawls é de abordagem teórica.

Por sua vez, Amartya Sen é um escritor e economista indiano que apresenta uma teoria da justiça em sentido amplo, objetivando esclarecer como se pode atuar no enfrentamento de questões sobre a melhoria da justiça e a remoção das injustiças, levando-se em conta muitas variáveis, tais como quem são os sujeitos das distribuições injustas, onde vivem, o que comem, etc. Logo, trata-se de uma abordagem normativa e empírica.

Entretanto, apresentadas as teorias, de um lado a justiça como equidade de John Rawls e de outro a justiça focada nas capacidades de Amartya Sen, é possível concluir que, apesar da divergência na abordagem e das demais diferenças entre as teorias, são muitos os pontos de contato, pois ambas se dedicam à elaboração de concepções de justiça de abordagem igualitarista e procuram soluções para as desigualdades nas sociedades democráticas contemporâneas. Portanto, quando analisadas em conjunto, apresentam-se de considerável relevância em uma sociedade tão desigual e plural como a que se vive.

A abordagem de Sen, focada nas capacidades, ou seja, focada nos fins e não nos meios, pode vir a lidar melhor com as situações de diferenças presentes nas sociedades, tanto as diferenças individuais, tais como as doenças, as deficiências físicas, relacionadas às variações individuais de funcionamentos, quanto as diferenças de contextos econômicos. Em tese, tratar-se-ia de uma abordagem mais sensível à diferença entre as pessoas. Logo, sendo as pessoas diferentes nesses variados aspectos, por óbvio há casos de indivíduos que precisam de maiores quantidades de recursos para satisfação de necessidades que outros necessitariam em menor quantidade.

Rawls, por sua vez, almeja igualar as pessoas nas mesmas liberdades, mesmos direitos, mesma igualdade, mesmos bens materiais, e o mesmo autorrespeito. Diante da diversidade humana, os bens primários são o substrato imprescindível para a realização de qualquer plano de vida. Mas, Sen acredita que isso é só um meio, deseja igualar as pessoas na liberdade para ser, fazer e viver em funcionamento.

Para Sen as pessoas só são iguais nos direitos e liberdades se a uma forem proporcionadas condições iguais que à outra, logo, nesse contexto, é imprescindível que às pessoas seja proporcionado todo o necessário para que cheguem a um ponto igual. Desse modo, a teoria formulada por Sen pretende somar à teoria de Rawls elementos considerados por Sen como importantes e ausentes na teoria rawlsiana, de modo a torná-la mais realizável nas sociedades.

Da análise das teorias, em conjunto, extrai-se a fundamentação teórica suficiente em defesa da garantia plena e irrestrita do direito à saúde no que tange ao acesso dos indivíduos aos medicamentos que lhes são essenciais. Rawls refuta qualquer procedimento utilitarista na garantia de direitos fundamentais. Em outras palavras, o método utilizado na elaboração das políticas públicas para a implementação de direitos sociais que visem primordialmente ao incremento do bem-estar geral não é admitido na teoria rawlsiana, pois para ele não é aceitável que o objetivo de uma política seja alcançar a maioria, quando um indivíduo sequer deixará de ser atendido, hipótese em para Rawls equivaleria a própria negação do direito ou injustiça do arranjo social.

Qualquer política que se destine apenas à coletividade parece aprazível em um primeiro momento, pois impressiona com seu alcance e cria a falsa ideia de efetividade. Contudo, na perspectiva do indivíduo, é fácil perceber que se trata de um programa de ação altamente restritivo e que jamais conseguirá satisfazer em níveis adequados as necessidades das pessoas. Portanto, políticas públicas elaboradas com base em padrões objetivamente determinados, que são aplicados indiscriminadamente a todos os indivíduos em uma sociedade, revelam-se, na verdade, como medidas incapazes de proporcionar condições materiais de liberdade e igualdade.

Para Rawls a justiça de uma sociedade mostra-se na igualdade entre seus indivíduos como valor intrínseco. Na prevalência do justo sobre o bem encontra-se uma marca Kantiana, especialmente no que diz respeito à sustentação de Kant de que a justiça considera cada pessoa como um fim em si mesma e não permite que ninguém seja sacrificado, nem mesmo pelo bem da maioria. Mas, Rawls dá um passo além de Kant quando transfere o debate para o campo institucional e relaciona a atuação das instituições que compõem a estrutura básica da sociedade ao conceito de justiça.

É que, na teoria rawlsiana, cada indivíduo, e não somente a coletividade como um todo, é titular de um conjunto básico de direitos que lhe deve ser garantido pelo Estado, dentre eles uma parcela de bens materiais, que, no Brasil, a partir da Constituição, pode ser entendida em equiparação aos direitos fundamentais sociais. Assim, esse conjunto de direitos é garantido ao ser humano justamente em razão de sua própria condição de ser humano.

A métrica dos bens básicos trazidos na teoria rawlsiana permite concluir que o autor está comprometido com a justiça do arranjo social, a partir da ideia de garantir a todos aquilo que é essencial para a realização de qualquer plano de vida. A garantia desses bens é anterior até mesmo à escolha dos princípios de justiça, pois não adiantaria escolher uma forma de manejo sem antes definir o que manejar. Desse modo, Rawls não defende que a todas as pessoas seja garantido tudo o que querem, mas tudo o que precisam. Portanto, sua teoria não se preocupa com as contingências, mas sim deseja proporcionar a todos aquilo que é essencial a todos.

Ademais, pelo princípio da diferença, pensado por Rawls, pode-se afirmar que a distribuição de renda e riqueza entre os membros de uma sociedade deve garantir essas necessidades básicas a todos como imperativo próprio da distribuição. Portanto, a teoria de justiça como equidade, primeiro, preocupa-se prioritariamente com o indivíduo e com a satisfação de suas necessidades básicas, impondo ao Estado esse ônus, por entender que o indivíduo, e não a coletividade, é titular desses direitos, depois, trata-se de uma teoria inclusiva, pois pelo princípio da diferença a distribuição deve ser feita atendida a necessidade dos menos favorecidos. Do conteúdo dos princípios de justiça se extrai o nítido objetivo de proporcionar a todos, singularmente considerados, condições materiais necessárias para realização dos seus planos de vida.

Rawls considera apenas a diversidade social entre as pessoas. Os vários níveis de renda e riqueza determinam as posições sociais relevantes a partir das quais Rawls pensa a escolha dos princípios de justiça e a distribuição de bens, mas, de fato, como dito acima, algumas variáveis não são consideradas pelo autor, ao passo que Sen propõe que as circunstâncias pessoais de cada indivíduo sejam levadas em conta desde o momento inicial da distribuição de renda e riqueza. Portanto, a teoria seniana acaba sendo mais sensível às diferenças individuais, assim como de contextos econômicos nos quais as pessoas estão inseridas.

Desse modo, para Sen, as características particulares de cada pessoa não podem ser desconsideradas no momento da distribuição de bens, os talentos de cada um, as capacidades e as deficiências, o contexto social, o que comem, onde moram, dentre outros fatores, devem ser considerados na identificação do pacote de recursos que lhes serão devidos pelo Estado desde o momento inicial da distribuição.

Nesse contexto, todos esses fatores poderiam influenciar numa adequada elaboração da lista de medicamentos essenciais, especialmente porque estar-se-ia diante de um direito – a saúde – de determinação intrinsecamente individual, uma vez que cada pessoa manifesta necessidades distintas de saúde e essas necessidades podem ser diferentes de acordo com todas essas variáveis pessoais. Portanto, diante de tamanha diversidade entre as pessoas, não se pode defender de outra forma que não uma distribuição de medicamentos que seja capaz de atender aos indivíduos considerados em suas circunstâncias pessoais e não simplesmente objetivamente considerados.

Portanto, qualquer outra forma de atuação do Estado, que não com base no ideal de justiça distributiva aqui proposto, assume o risco de ser injusta. É nesse sentido que se pode responder ao problema da pesquisa, afirmando que existem muitas injustiças no SUS e suas políticas de acesso aos medicamentos essenciais, pois, da forma que essas políticas vêm sendo implementadas, retratam ideais de cunho utilitarista, buscam a maximização do bem geral, quando deveriam levar em conta as necessidades de cada pessoa singularmente considerada.

O que se propõe é justamente a substituição dessa lógica utilitarista pela ideia de justiça distributiva delineada a partir do liberalismo igualitário de Rawls, complementado pela igualdade de capacidades de Sen, por todos os argumentos aqui defendidos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos em el constitucionalismo democrático latino-americano. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 7, n. 2, p. 143-205, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200007](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007)>. Acesso em: 03 jan. 2017.

ALMEIDA FILHO, Neomar de. **O que é saúde?** 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 117-147.

ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales?** Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004), p. 15-59. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Fundamentais e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 (p. 205 a 222).

BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. O Constitucionalismo Social. A Constituição como Instrumento Jurídico de Contenção do Poder Econômico. In: **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros**. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 27-70.

\_\_\_\_\_. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. **Revista dos Tribunais**, ano 100, vol. 908, jun.2011.

BARROS, Gisele Nori. **O dever do estado no fornecimento de medicamentos**. São Paulo, dissertação de mestrado, Programa de Pós- Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, 2006.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. Disponível em: < An introduction to the principles of morals and legislation>. Acesso em 14 set. 2017.

BAHIA, Ligia. O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Org.). **Saúde e democracia história e perspectivas do SUS**. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

BRANCO, Marco Antônio Castelo. **Medicamentos Essenciais e Fundamentação Judicial do subjetivismo ao pré-conceito autêntico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p.1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. **Portaria nº. 1.897, de 26 de julho de 2017**. Estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Lei Orgânica da Saúde. In: Brasil. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS CONITEC. Legislação do SUS. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº. 338, de 06 de maio de 2004**. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Disponível em: <[http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao\\_sanitaria/338.pdf](http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao_sanitaria/338.pdf)>. Acesso em: 07 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº. 3.916 de 30 de outubro de 1998**. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Disponível em <[http://www.cff.org.br/userfiles/file/portarias/3916\\_gm.pdf](http://www.cff.org.br/userfiles/file/portarias/3916_gm.pdf)>. Acesso em: 07 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº. 204 de 29 de janeiro de 2007**. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Disponível em <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0204\\_29\\_01\\_2007\\_comp.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0204_29_01_2007_comp.html)>. Acesso em: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº. 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). Disponível em <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554\\_30\\_07\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html)>. Acesso em: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº. 1.555 de 30 de julho de 2013**. Dispõe sobre as normas de financiamento e de execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1555\\_30\\_07\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1555_30_07_2013.html)>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS**, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pela segunda turma, em 12/09/2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 393175 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello**, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE. 566471, Relator (a): Min. Marco Aurélio Mello, 2016**, No prelo.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE. 657718, Relator (a): Min. Marco Aurélio Mello, 2016**, No prelo.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; FERREIRA, Vanessa Rocha. Direito fundamental à saúde e tutela individual: lendo esse direito constitucional à luz do liberalismo igualitário. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CECATO, Maria Aurea Baroni (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI (Madrid, Espanha)**: Direito Constitucional, Direitos Humanos. 1ed.Madrid - Espanha: Ediciones Laborum, 2015, v. 2, p. 274-290. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-2-Madrid.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A justiça como equidade, de John Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada dos direitos fundamentais sociais. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Orgs.). **Direito e desenvolvimento**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2014. p. 227-246.

\_\_\_\_\_. Direito Fundamental à Saúde: Propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v.2, n.1, p. 168- 182, jan./jun., 2014b. Publicado também na Revista A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Vol. 5, n. 9 (nov. 2012), p. 136-145. Belém: ESM/PA, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

\_\_\_\_\_. **Ações Afirmativas**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2016.

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

COHN, Amélia et al. **A saúde como direito e como serviço**. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2015.

COHN, Amélia. O SUS e o Direito à Saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Org.). **Saúde e democracia história e perspectivas do SUS**. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. **A atividade do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional coletiva – a mudança de paradigma no projeto brasileiro de direitos coletivos**. Tutela Jurisdicional coletiva, 2ª série. DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique e MAZZEI (Coords.). Salvador: Juspodivm, 2012.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 31, n. 8, jul./set., 2003.

\_\_\_\_\_. **A reformulação da estabilidade na teoria de Rawls**. No prelo.

DUARTE, Clarisse Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-43 (capítulo 2).

DWORKIN. Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde leis nºs 8.080/90 e 8.142/90**. In: GARCIA, Leonardo de Medeiros (Coord.). Coleção Leis Especiais. Salvador: JusPODIVM, v. 20, 2009.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. Traducción Adolfo García de la Sienna. México: FCE, 2016 (Colec. Sección de Obras de Filosofía).

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GALVÃO, Pedro. **Utilitarismo, de John Stuart Mill**. Portugal: Porto Editora, LDA, 2005

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 1-31.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.26.

HONÓRIO, Cláudia. O custo dos direitos prestacionais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 145-159, jul./set. 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011. (Col. A obra-prima de cada autor).

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LAMARÃO NETO, Homero; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Igual consideração e a incidência das variáveis políticas em Dworkin e Sen. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto e TRAMONTINA, Robison (Org.). **XXV Encontro Nacional do CONPEDI – BRASÍLIA/DF: Teorias da Justiça, da decisão e da argumentação jurídica**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 79-94. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/4lq86vdx/97ope1EKfLO6JdKn.pdf>>. Acesso em 09 mar. 2017.

LOVETT, Frank. **Uma teoria da Justiça, de John Rawls Guia de Leitura**. Trad. Vinicius Figueira. Porto Alegre: Penso, 2013. (Col. Explorando Grandes Obras).

MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2007.

NASCIMENTO JUNIOR, José Miguel do; et al. Avanços e perspectivas da RENAME após novos marcos legais: o desafio de contribuir para um SUS único e integral. **Revista Eletrônica Gestão & Saúde**, v. 6 (Supl. 4), out., 2015, p. 3354-71. Disponível em: <<http://rebrats.saude.gov.br/images/noticias/ArtigoRename.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

OLIVEIRA, Almir de. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. Nova Iorque, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o->

Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 5 abr. 2017.

PEREIRA, Leonardo Fadul. **Igualdade formal e segurança jurídica nas decisões judiciais em ações coletivas para fornecimento de medicamentos**: um estudo de casos da seção Judiciária Federal do Estado do Pará. Belém, dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado Pará – CESUPA, 2014.

PIOLA, Sérgio Francisco et al. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para saúde da população brasileira? In: **Políticas Sociais: acompanhamento e análise vinte anos da Constituição Federal**. IPEA, 17, v.1, Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps\\_completo\\_1.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps_completo_1.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

PORTELA, Alyne da Silva et al. Políticas públicas de medicamentos: trajetória e desafios. **Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada**, 2010. Disponível em: <[http://serv-bib.fcfar.unesp.br/seer/index.php/Cien\\_Farm/article/viewFile/930/930](http://serv-bib.fcfar.unesp.br/seer/index.php/Cien_Farm/article/viewFile/930/930)>. Acesso em: 15 set. 2017.

PRATA, Lucília Alcione. Um Novo *Locus* de Formação das Políticas Públicas de Saúde: o Diagnóstico da Saúde pela Política Judiciária do Conselho Nacional de Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 45-62 (capítulo 3).

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. (p. 137-175).

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4ª ed. rev. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **História da Filosofia Moral**. HERMAN, Barbara (Org.). Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. **Vozes do bolsa família**. São Paulo: Unesp, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, p. 125-172, 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações (1). **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 24, p. 01-60, jul. 2008. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/61269?mode=full>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev. atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed., ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 09 – jan./jun.2007. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em 30 jun. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-41.

SANDEL, Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 21ª ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2016.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). **Políticas públicas**. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 20-39 (parte do capítulo 1).

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar. A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 73-93. (Capítulo 5: Por que equidade na saúde?).

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. 4 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SOUSA, Laura Uacila de Oliveira. Análise da Política Pública de Distribuição de Medicamento Antirretroviral. **Caderno Virtual Idp**, v. 2, n. 25, 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/issue/view/72>>. Acesso em: 15 set. 2017.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **El Costo de Los Derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: A Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-15 (capítulo 1).

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Cidadania e Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina. **O Direito na Fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015, p. 1-5.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.

TUGENDHAT, E. **Lecciones de ética**. Barcelona: Gedisa, 1997.

VASCONCELOS, Cipriano Maria de; PASCHE, Dário Frederico. O sistema único de saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Souza; MINAYO, Maria Cecília de Souza; AKERMAN, Marco; JÚNIOR, Marcos Drumond; CARVALHO, Yara Maria de (Org.). **Tratado de Saúde Coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Hicitec, 2012.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. “Apresentação da Edição Brasileira”. In: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4ª ed. rev. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. Justiça Distributiva: a Crítica de Sen a Rawls. **Dados**. Scielo Brasil. Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 1-10, jan., 1999. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581999000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000300004)>. Acesso em: 13 abr. 2017.