



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Caroline Somesom Tauk

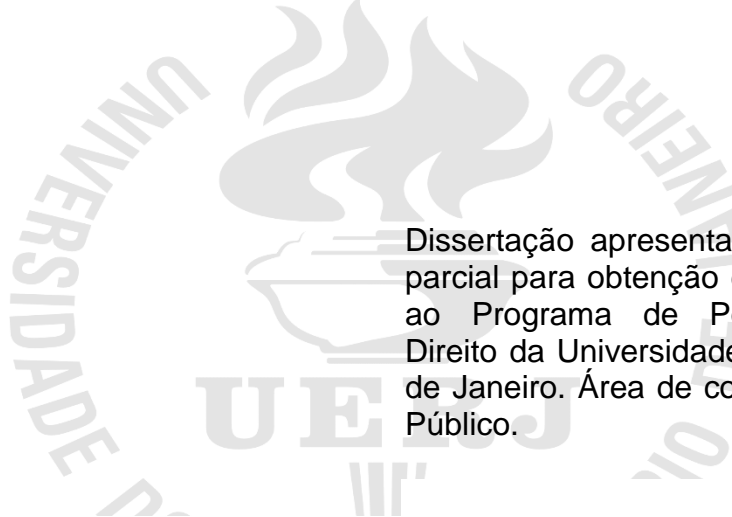
**Razões pragmáticas para o controle procedimental dos litígios de
saúde: em busca do acesso igualitário**

Rio de Janeiro

2018

Caroline Somesom Tauk

**Razões pragmáticas para o controle procedimental dos litígios de saúde:
em busca do acesso igualitário**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

T224

Tauk, Caroline Somesom.

Razões pragmáticas para o controle procedimental dos litígios de saúde:
em busca do acesso igualitário / Caroline Somesom Tauk. - 2018.
157 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Pragmatismo - Teses. 2.Direito à saúde –Teses. 3.Igualdade –
Aspectos da saúde – Teses. I.Viveiros, Rodrigo Brandão. II. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7:614

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Caroline Somesom Tauk

**Razões pragmáticas para o controle procedimental dos litígios de saúde:
em busca do acesso igualitário**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 02 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Rodrigo Brandão Viveiros
Pessanha (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Professor Dr. Marcelo Leonardo Tavares
Faculdade de Direito – UERJ

Professor Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro
2018

AGRADECIMENTOS

Durante os dois anos do mestrado, muitas pessoas me ajudaram nessa caminhada e certamente estas breves linhas não serão suficientes para agradecer a todas.

Agradeço a minha família, por ter sempre estimulado, apoiado e encorajado meus estudos, mesmo quando nem eu sabia aonde pretendia chegar.

Agradeço ao meu orientador, Professor Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha, professor e profissional exemplar, pela firme orientação e pela confiança em mim.

Ao Professor Marcelo Leonardo Tavares, colega de carreira e amigo que tanto admiro, obrigada pela parceria e pelos conselhos valiosos para esta iniciante na vida acadêmica.

Agradeço também ao consagrado Professor Cláudio Pereira de Souza Neto, que gentilmente aceitou o convite para compor a banca examinadora.

Sou muito grata ao Professor José Vicente Santos de Mendonça, pela leitura atenta e rigorosa dos esboços desta dissertação, por estar sempre disposto a trocar ideias e pelo constante estímulo à inovação e ao crescimento intelectual dos seus alunos.

Agradeço à Justiça Federal do Rio de Janeiro, pela licença concedida para cursar o programa de *Visiting Scholar* em *Columbia University*, na cidade de Nova York, nos Estados Unidos. Dentre tantos, devo agradecer aos Professores Henry Paul Monaghan e Jamal Greene, pela gentil e atenciosa acolhida e por colocar os recursos da universidade à minha disposição.

Ao corpo docente, aos funcionários e a todos os meus colegas do PPGD-UERJ, em especial: Eduardo Aidê Bueno de Camargo, Isabela Ferrari, Mariana Tavares Vianna, Priscilla Pestana Campana, Ana Carolina Melman e Carina Quirino, companheiros nos momentos de alegria e ansiedade.

Sou grata todos os dias a Deus, que me ilumina, me inspira e me protege.

“The test of our progress is not whether we add more to the abundance of those who have much; it is whether we provide enough for those who have too little.”

Franklin D. Roosevelt
(Washington, DC, 1937)

RESUMO

TAUK, Caroline Somesom. **Razões pragmáticas para o controle procedimental dos litígios de saúde**: em busca do acesso igualitário. 2018. 157f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

As decisões judiciais favoráveis às crescentes demandas por medicamentos pela via individual, como é o mais comum nos litígios de saúde no Brasil, conferem pouca importância ao procedimento decisório das autoridades de saúde, implicam uma alocação de recursos públicos diversa da estabelecida e numa redefinição de prioridades de investimento, ocasionando soluções individuais distintas da decisão distributiva tomada pela Administração Pública. Partindo do contexto em que estão inseridas e de suas consequências imediatas e sistêmicas, verificou-se, por meio de dados empíricos de estudos, que as demandas judiciais por medicamentos não incorporados nas listas do SUS ou para uso fora dos protocolos clínicos não produziram resultados desejáveis para um sistema de saúde universal e igualitário, seja do ponto de vista financeiro e administrativo, seja com relação aos medicamentos concedidos e aos litigantes beneficiados. É objetivo deste trabalho destacar este cenário e abordar uma alternativa para a interpretação judicial do direito à saúde predominante no país, especificamente quanto à assistência farmacêutica, na tentativa de paulatinamente reduzir a judicialização da saúde e os riscos à equidade na distribuição dos recursos escassos. Utiliza-se o pragmatismo jurídico em razão da importância que confere ao contexto e às consequências ao se interpretar e aplicar a lei, enfatizando-se como seu influxo na atuação dos órgãos judiciais impõe uma postura diversa da predominante na jurisprudência nacional, mais compromissada com a realidade e com a obtenção de resultados práticos menos desiguais e mais universalizáveis. Para tanto, defende-se como uma boa ferramenta para o juiz pragmatista a adoção do critério procedimental baseado na *accountability for reasonableness*, de Norman Daniels e James Sabin, segundo o qual, na ausência de consenso na definição de prioridades em saúde, esta deve centrar-se no desenvolvimento de processos justos e publicamente aceitáveis que observem condições que garantam a legitimidade da decisão, dando ênfase, assim, às necessidades da população como um todo. Conclui-se que a criação da CONITEC, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, órgão responsável pela avaliação de tecnologias em saúde que segue um procedimento administrativo com previsão legal de abertura à participação popular, pode tornar o controle procedimental uma estratégia pragmática mais justificável. Para testar esta sugestão, utilizam-se dados empíricos para destacar a atuação concreta da Comissão e os resultados produzidos.

Palavras-chave: Pragmatismo jurídico. Direito à saúde. *Accountability for reasonableness*. Controle procedimental em litígios de saúde.

ABSTRACT

TAUK, Caroline Somesom. **Pragmatic reasons to procedural enforcement of health care litigation: towards equal access.** 2018. 157p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Increasing health care litigation for drugs, mainly via individual enforcement in Brazil, gives little importance to the decision-making process of health authorities and sets priorities for health care allocation in place of health authorities and their distributive policies. Based on the context and their immediate and systemic consequences, it was verified, by empirical data, that the judicial claims for drugs not included in health policies or for off-protocols use did not produce desirable results for a universal and equal health system, regarding the financial and administrative impacts, the medicines granted and the litigants benefited. The initial aim of this thesis is to highlight this scenario and to address an alternative judicial interpretation of the right to health in order to gradually reduce health care litigation and the risks to equity in the distribution of scarce resources. Legal pragmatism is chosen due to the importance it attaches to facts and consequences of interpreting and applying the law, which imposes a different interpretation by Brazilian courts, committed to practical results that promote equal and universal access to health care system. For this, it is argued that the procedural enforcement based on the accountability for reasonableness, developed by Norman Daniels and James Sabin, is a good tool for the pragmatist judge, as it suggests that in the absence of consensus in health priorities setting, resources should be distributed according to a fair and publicly acceptable process that guarantees the legitimacy of the decision, thus emphasizing the needs of the population as a whole. It is concluded that the creation of CONITEC, the National Council for Incorporation of Technologies in the National Health System (SUS), an institution responsible for assessing health technologies that follows an administrative procedure open to public participation, makes procedural enforcement a more justifiable pragmatic strategy. To test this suggestion, an empirical analysis demonstrates the National Council's performance and its results.

Keywords: Legal pragmatism. Right to health. Accountability for reasonableness.

Procedural enforcement of right to health.

LISTA DE SIGLAS

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU Advocacia-Geral da União
CITEC Comissão de Incorporação de Tecnologias
CONITEC Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
NICE The National Institute of Health and Care Excellence
RE Recurso Extraordinário
Rename Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
REsp Recurso Especial
SCTIE Secretaria de Ciência Tecnologia e Insumos Estratégicos
STA Suspensão de Tutela Antecipada
STF Supremo Tribunal Federal
STJ Superior Tribunal de Justiça
SUS Sistema Único de Saúde
TCU Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	PRAGMATISMO: DA FILOSOFIA AOS TRIBUNAIS	16
1.1	A origem norte-americana do pragmatismo filosófico.....	16
1.2	O que temos em comum? A matriz pragmatista.....	18
1.3	O pragmatismo filosófico e o jurídico: uma busca pela independência?	20
1.4	O pragmatismo clássico e o Direito: o avanço para os Tribunais.....	22
1.4.1	<u>“O que constitui o Direito?”: a autonomia dos formalistas e a resposta de Holmes.....</u>	23
1.4.2	<u>O realismo: a importância da finalidade da norma.....</u>	24
1.5	O Pragmatismo Jurídico de Richard Posner.....	27
1.5.1	<u>A ação guiada pelo <i>pragmatic mood</i>.....</u>	27
1.5.2	<u>A versão cotidiana: o pragmatismo do dia a dia.....</u>	29
1.5.3	<u>A decisão judicial pragmática: alguns princípios orientadores.....</u>	33
1.6	O pragmatismo jurídico em ataque.....	38
1.6.1	<u>O contraponto de Tamanaha: o instrumentalismo e a ameaça ao Estado de Direito.....</u>	38
1.6.2	<u>O contraponto de Dworkin: o Direito como integridade.....</u>	41
1.7	O pragmatismo no sistema jurídico brasileiro: uma abordagem	45

	contextual.....	
2	DEMANDAS JUDICIAIS POR ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: IDEALISMO E REALIDADE.....	49
2.1	Delimitação conceitual de saúde.....	49
2.2	A trajetória da saúde pública.....	52
2.3	A saúde na Constituição Federal.....	55
2.3.1	<u>O direito fundamental à saúde.....</u>	55
2.3.2	<u>O Sistema Único de Saúde e a assistência farmacêutica.....</u>	58
2.4	O direito à saúde nos Tribunais.....	63
2.5	O cenário das demandas por assistência farmacêutica.....	69
2.5.1	<u>As consequências da intervenção judicial.....</u>	69
2.5.2	<u>O contexto da intervenção judicial.....</u>	72
2.5.2.1	Os medicamentos concedidos.....	72
2.5.2.2	Os beneficiados pelos litígios.....	76
2.5.2.3	Os advogados dos processos e os médicos dos pacientes.....	77
2.5.2.4	Conclusão do exame dos dados sobre os litígios.....	78
2.6	O direito à saúde no Supremo Tribunal Federal.....	80
2.7	Uma demanda de justiça distributiva.....	86
2.8	A concretização jurisdicional do direito à saúde: os modelos individual e	87

	procedimental.....	
2.9	A escassez de recursos e a fixação de prioridades.....	91
3	O CONTROLE PROCEDIMENTAL: UMA RESPOSTA PRAGMÁTICA À EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	98
3.1	O influxo do pragmatismo jurídico nos litígios de saúde.....	98
3.2	A <i>accountability</i> para a razoabilidade.....	103
3.3	Como aplicar a teoria em juízo?.....	107
3.4	É possível a intervenção judicial baseada na <i>accountability</i> para a razoabilidade no Brasil? A assistência farmacêutica como espaço para experimentação.....	110
3.4.1	<u>A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.....</u>	113
3.4.2	<u>A atuação da CONITEC: uma análise empírica.....</u>	120
3.5	A <i>accountability</i> para a razoabilidade em ataque: alguns contrapontos.....	128
3.6	Rumo a um controle jurisdicional cooperativo.....	131
3.7	A nova postura adotada no voto do RE 566.471.....	134
3.8	Alguns parâmetros de aplicação judicial da <i>accountability</i> para a razoabilidade.....	138
	CONCLUSÃO.....	141
	REFERÊNCIAS.....	147

INTRODUÇÃO

“Um mendigo saudável é mais feliz do que um rei doente”. A frase do filósofo alemão Arthur Schopenhauer demonstra como a saúde é um dos bens mais preciosos para os seres humanos. Atenta a isto, a Constituição Federal prevê, no art. 196, a saúde como “direito de todos e dever do Estado” e estabelece o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A atuação do Poder Judiciário fundamenta-se neste dispositivo ao condenar os entes federativos à concessão de medicamentos nas mais diversas situações, e não se duvida que o faz com o compromisso de que o direito à saúde não se transforme em “promessa constitucional inconsequente”, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ao julgar a ADPF 45. As decisões judiciais que concedem medicamentos objetivam, assim, cumprir o comando constitucional de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Esta é, no entanto, apenas a ponta do iceberg. A parte submersa deste problema é muito mais complexa e assume feições dramáticas. Por se concretizarem por meio de prestações positivas do Estado e diante dos limites do orçamento público, a efetivação do direito à saúde por meio de políticas públicas exige uma racional alocação de recursos escassos, motivo pelo qual é preciso priorizar em que os recursos disponíveis serão aplicados e fazer considerações de justiça distributiva.

As decisões favoráveis às crescentes demandas por medicamentos pela via individual – como é o mais comum nos processos judiciais de saúde no Brasil – implicam numa alocação de recursos públicos diversa da estabelecida e, portanto, numa redefinição de prioridades de investimento, ocasionando soluções individuais distintas da decisão distributiva tomada pela Administração Pública, o que torna o Poder Judiciário mais uma instância para a definição de políticas públicas de saúde. Desta forma, há grandes chances de que o reconhecimento pontual de um direito em favor daqueles que têm acesso aos Tribunais possa dar causa à injustiça global. Para atender as necessidades daqueles que conseguiram acessar o Judiciário, desatende-se parte daqueles que estavam incluídos na política pública. Eis a parte

submersa do iceberg que parece não ser vista atualmente pela jurisprudência predominante.

O resultado da auditoria mais recente feita pelo Tribunal de Contas da União, concluída em 2017, revelou que os gastos anuais *apenas* do governo federal com processos judiciais referentes à saúde, em 2015, chegavam a R\$ 1 bilhão, o que equivale a um aumento de mais de 1.300% desde 2008, quando eram de R\$70 milhões. Dentre os pedidos das demandas, 80% correspondem ao fornecimento de medicamentos.¹

Os dados empíricos de estudos nacionais e regionais analisados no presente trabalho demonstram que a maior parte das demandas não têm objetivado prover a saúde básica à população mais necessitada: busca-se obter medicamentos mais recentes e mais caros em relação aos dispensados pelo SUS, fazer o uso do fármaco fora da previsão do protocolo clínico e, em ambos os casos, não é incomum que sejam desconsiderados a segurança e a eficácia dos fármacos e o custo-efetividade de sua dispensação. Ademais, os estudos indicam uma concentração de ações judiciais nos Estados mais desenvolvidos do país, em grande parte propostas por pacientes tratados no sistema privado de saúde e patrocinadas por advogados particulares. São estas as consequências da chamada judicialização da saúde e a realidade em que ela está inserida.

No entanto, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde no período de 2000 a 2017 demonstra que o debate judicial ainda está centrado, em sua maior parte, na colisão entre o direito à vida e à saúde e o interesse financeiro e secundário do Estado, dando peso inferior – ou até mesmo desconsiderando por completo – o contexto, os impactos financeiro e organizacional sobre o sistema de saúde e os litigantes que os pleiteiam, bem como a escassez de recursos e as razões das autoridades de saúde constantes no procedimentos administrativos de avaliação dos fármacos.

Nesse cenário, é cabível pensar em outra possibilidade interpretativa, na tentativa de paulatinamente reduzir a judicialização da saúde no país e diminuir os riscos à equidade na distribuição dos recursos escassos de um sistema de saúde

¹TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1787/2017*. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Sessão 16/08/2017, item 7.2 do voto. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

que é de todos, litigantes ou não? Ou, ao revés, a solução estaria em manter a interpretação judicial atual e reestruturar o Poder Judiciário para prepará-lo para receber um número crescente de demandas?² A nosso ver, esta última não parece a resposta mais adequada a esse desafio. Dedicamo-nos, portanto, a responder a primeira pergunta.

A hipótese deste estudo se destina a examinar como o pragmatismo jurídico pode orientar a atuação dos juízes e Tribunais na efetivação do direito à saúde, com foco nos litígios no Brasil.

O propósito da presente dissertação é utilizar o pragmatismo jurídico como teoria normativa da decisão judicial, voltado à atuação do intérprete, para analisar o controle jurisdicional sobre disputas movidas por particulares em face dos entes federativos pleiteando assistência farmacêutica e como seu influxo na atuação dos órgãos judiciais impõe uma postura diversa da predominante na jurisprudência nacional, mais compromissada com a realidade e com a obtenção de resultados práticos menos desiguais e mais universalizáveis. Para tanto, boa ferramenta para o juiz pragmatista é a adoção do critério procedimental baseado na *accountability for reasonableness* (*accountability* para a razoabilidade), o qual aborda-se como uma alternativa para o atual controle jurisdicional.

São, portanto, dois os marcos teóricos adotados. O pragmatismo jurídico, desenvolvido por Richard Posner, principal expoente atual do movimento, e estudado por Thamy Pogrebinski, é utilizado em razão da importância que confere ao contexto e às consequências ao se interpretar e aplicar a lei. Em complemento, aborda-se o critério procedimental baseado na *accountability* para a razoabilidade, de Norman Daniels e James Sabin, cuja proposta defende que, na ausência de consenso na definição de prioridades em saúde, esta deve centrar-se no desenvolvimento de processos justos e publicamente aceitáveis que observem condições que garantam a legitimidade da decisão, dando ênfase, assim, às necessidades da população como um todo.

O pragmatismo jurídico busca compreender o direito à saúde no contexto concreto em que ele está inserido, com a visão voltada a buscar soluções práticas

² Em declaração em dezembro de 2017, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia, afirmou: “Se o número de ações que ingressam em juízo corresponder a uma má prestação dos serviços de garantia dos meios de saúde para os cidadãos, eu preciso reestruturar o Poder Judiciário porque não estamos colocando em questão o direito fundamental à saúde”. Disponível em: <<https://www.jota.info/jotinhas/carmen-defende-alternativas-para-judicializacao-da-saude-05122017>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

para os problemas gerados pela judicialização. O juiz pragmatista interpreta a norma integrando o texto e a realidade, mostrando-se sensível tanto aos fatos, de modo a adaptar a decisão ao contexto em que foi proferida, quanto às consequências, procurando dados empíricos sobre os efeitos imediatos e sistêmicos de sua atuação. De fato, para que a saúde seja implementada como um direito de todos, de acesso universal e igualitário, a sua efetivação judicial não pode desconsiderar a escassez de recursos, a necessidade do estabelecimento de prioridades, bem como os impactos econômicos e administrativos e os riscos para a equidade. O desafio reside em como realizar isso.

Esclareça-se que não é objeto central do presente trabalho discutir a fundo questões filosóficas ou teóricas relativas ao pragmatismo. Pretende-se apenas aplicar uma abordagem pragmática aos litígios de saúde.

A adoção do critério procedimental pelos órgãos judiciais, ao invés de discutir o conteúdo das políticas públicas de saúde, preocupa-se com os requisitos a serem cumpridos no procedimento de fixação de prioridades para que haja a repartição justa dos recursos, que produza consequências que beneficiem a todos, litigantes ou não. Por esta razão, o controle jurisdicional procedimental baseado na *accountability* para a razoabilidade pode ser uma alternativa para a redução dos efeitos negativos da judicialização brasileira. Para sustentá-lo, este trabalho inspira-se nas características do antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo do pragmatismo.

A *accountability* para a razoabilidade propõe uma abordagem diversa da prevalente nos Tribunais hoje, no Brasil e em tantos países, que se concentra apenas nas necessidades individuais. Atento às condições gerais que o procedimento de tomada de decisão em saúde deve ter para alcançar resultados vistos como justos e legítimos para todos, os elementos procedimentais das escolhas das autoridades de saúde seriam o componente central da decisão judicial, e, assim, o controle jurisdicional sobre as políticas de assistência farmacêutica e sobre a alocação de recursos assumiria a forma procedimental, na tentativa de buscar mais equidade na distribuição dos recursos escassos e soluções universalizáveis.

Com a criação da CONITEC, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, pela Lei 12.401/2011, órgão responsável pela avaliação de tecnologias em saúde que deve seguir um procedimento administrativo com previsão

legal de abertura à participação popular, o controle procedimental examinado torna-se uma estratégia pragmática mais justificável, pois desde então a legislação facilitou a supervisão do procedimento e de suas razões, bem como a prestação de contas da atuação. A proposta, como o nome diz, estimula a *accountability*, ao tornar explícitas as razões adotadas pelas autoridades de saúde.

A discussão, deste modo, apresenta-se produtiva na quadra atual. A proposta visa conciliar a proteção do direito constitucional à saúde com a atenção às circunstâncias e aos impactos econômicos e administrativos de decisões contextualmente mais difíceis. O objetivo deste trabalho não é a defesa incondicional da proposta, ainda que sejam destacadas as suas esperadas vantagens, mas, sim, examiná-la como uma possível estratégia de enfrentamento da excessiva judicialização. Seguindo a lógica pragmatista, é preciso verificar o que funciona na prática.

A dissertação é dividida em três capítulos. O primeiro trata da base teórica do pragmatismo, desde a origem do movimento pragmático, por meio da corrente filosófica, passando por seus elementos nucleares, que compõem sua matriz, até o pragmatismo jurídico de Richard Posner e os contrapontos em face da versão do autor.

O segundo capítulo busca compreender a situação atual das demandas em que se pleiteiam medicamentos no Brasil. Para tanto, examina-se o direito fundamental à saúde e o Sistema Único de Saúde à luz da Constituição Federal, bem como o retrato desenhado por diversos estudos numéricos sobre tais demandas, tendo sido dado enfoque às consequências e ao contexto que as circundam.

Esta parte também apresenta os modelos de controle jurisdicional para a concretização do direito à saúde e os critérios que orientam a fixação de prioridades em prestação de saúde, com o escopo de destacar que as decisões judiciais favoráveis às pretensões individuais implicam numa alocação de recursos públicos diversa da estabelecida e, por conseguinte, numa redefinição de prioridades de investimento previstas administrativamente.

No terceiro capítulo aborda-se o influxo do pragmatismo jurídico na atuação dos órgãos judiciais em relação às demandas por medicamentos e faz-se sua conexão com o critério procedimental baseado na *accountability* para a razoabilidade. Nesse ponto, em um primeiro momento, destaca-se a regulamentação

legal do procedimento administrativo adotado pela CONITEC e os efeitos que se espera dele e, em um segundo momento, é examinada a atuação concreta da Comissão, por meio de uma abordagem contextualista e consequencialista. Para tanto, são analisados, com base em dados empíricos recentes, o contexto em que as demandas em face da CONITEC estão inseridas – o que é requerido, quem requer, se há participação social e se ela é capaz de influenciar o resultado da decisão e se há análise de fatores científicos e econômicos – e os efeitos das suas recomendações em relação à incorporação, alteração ou exclusão de medicamentos – qual o total de incorporações e o que é incorporado.

Em seguida, são abordadas as possíveis contribuições do controle procedimental, e, por outro lado, são discutidas as críticas formuladas em face da proposta. Voltando o foco novamente para a jurisprudência, examina-se o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, proferido no RE 566.471, que se mostra mais atento ao que foi decidido pela CONITEC. Ao final, sugerem-se parâmetros objetivos para orientar a atuação judicial.

O primeiro e segundo capítulos são analítico-descritivos. O terceiro capítulo, no entanto, apresenta um juízo de valor mais claro quanto à atuação judicial face às demandas de saúde, sugerindo um modelo como uma alternativa para ajudar a diminuir os efeitos negativos observados hoje e a aumentar as contribuições dos órgãos judiciais para assegurar um sistema de saúde igual para todos.

Por fim, as conclusões.

1 PRAGMATISMO: DA FILOSOFIA AOS TRIBUNAIS

1.1. A origem norte-americana do pragmatismo filosófico

O pragmatismo jurídico estudado neste trabalho é visto como uma teoria normativa da decisão judicial, orientando como o juiz deve decidir³. Preocupa-se, portanto, com a atuação do intérprete. Para a compreensão de como opera-se o pragmatismo nas decisões judiciais, essencial uma abordagem ampla do tema. Para tanto, traça-se na primeira parte deste Capítulo, em linhas gerais, a evolução histórica da filosofia e da teoria do direito, até chegar ao movimento conhecido como pragmatismo jurídico, o qual será objeto da segunda parte do Capítulo. No presente tópico, inicia-se expondo a origem do pragmatismo clássico, por meio da corrente filosófica.

O pragmatismo jurídico nasceu nos Estados Unidos e teve por principal característica o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo à interpretação jurídica⁴. Portanto, a discussão do pragmatismo jurídico estaria incompleta se antes não se percebesse o movimento anterior a partir do qual ele se desenvolveu, o pragmatismo filosófico.

Em suas palestras sobre pragmatismo, William James (1842-1910) afirmava que o termo é “um novo nome para os velhos modos de pensar”, com isso querendo dizer que não havia algo essencialmente novo sendo apresentado, pois o pragmatismo manteria em sua essência o significado que os antigos davam à filosofia: uma atividade intelectual voltada a problemas concretos da humanidade⁵.

³ Há debate na doutrina estrangeira e brasileira acerca da predominância do pragmatismo jurídico como teoria normativa ou como metateoria – teoria que indica como deve-se escolher uma teoria normativa da decisão. Sobre o tema, confira-se: “(...) it is not entirely accurate to say that pragmatism is only a metatheory and not a normative theory. In the literature, pragmatism is commonly referred to as a normative theory. Pragmatism is described as a theory of how judges adjudicate individual cases. Moreover, having pragmatism as a normative theory is often the best way of producing the best consequences for society. On this view, the metatheory of pragmatism is likely to select pragmatism as a normative theory because society is best served by having judges use pragmatic adjudication in each individual case”. WANG, Philip. *Pragmatism and Consequentialism*. New York: Columbia University – Law School, 2007, p. 4-6.

⁴ EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 656.

⁵ JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*. Trad. Jorge Caetano da Silva e Pablo Rubén Mariconda. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 19.

O termo pragmatismo, derivado do grego *pragma*, “significava uma ocorrência, um fato concreto, em particular algo prático, com consequências relevantes”⁶. Não obstante, o pragmatismo assume uma outra tradição filosófica ao rejeitar a visão de conhecimento prevalente na Modernidade, baseada em um conjunto de verdades imutáveis, o que acaba por conferir originalidade ao movimento.

A corrente filosófica do pragmatismo se desenvolveu inicialmente no final do sec. XIX, em 1870, idealizada inicialmente pelos jovens pensadores de Cambridge (Massachusetts, EUA)⁷, que se encontravam para debater questões filosóficas. Charles Sanders Peirce (1839-1914) e William James, junto com Oliver Wendell Homes Jr (1841-1935) e Nicholas Saint Green se autodenominavam, de maneira irônica, como “O Clube Metafísico” (*The Metaphysical Club*), uma vez que naquele momento a metafísica se mostrava em segundo plano nos Estados Unidos⁸. Tratava-se de uma alusão crítica à metafísica clássica.

O pragmatismo clássico surgiu como uma reação ao racionalismo, o qual via a realidade como algo pronto e acabado. Os pensadores pragmatistas, ao revés, demonstravam atenção aos fatos e às consequências práticas, afastando-se da abstração e dos conceitos metafísicos defendidos pela corrente que prevalecia.

A literatura identifica Charles S. Peirce e William James, integrantes do Clube Metafísico, e também John Dewey como sendo os três primeiros pragmatistas, responsáveis por traçar o núcleo teórico do pensamento pragmático⁹. O pragmatismo foi inicialmente concebido por Pierce, seu principal expoente naquele momento, vindo a ser desenvolvido por James e Dewey, que expandem as suas fronteiras filosóficas e o fazem alcançar outros campos de conhecimento.

O que prevalecia à época eram as ideias trazidas pelo iluminismo: o século XVIII valoriza a razão humana, levando não apenas filósofos, mas também sociólogos e juristas a defenderem que os sistemas sociais deveriam ter uma

⁶EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org). *Dicionário de filosofia do direito*, p. 656-657.

⁷De Waal trata da crítica à origem norte-americana do pragmatismo. DE WAAL, Cornelis. *Sobre pragmatismo*. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007, p. 20-22.

⁸DE WAAL, Cornelis. *Sobre pragmatismo*. Trad. Cassiano Terra Rodrigues, p.17.

⁹ Segundo Pogrebinschi: “Seria pouco afirmar apenas que a matriz filosófica do pragmatismo se encontra em Charles S. Peirce, William James e John Dewey, pois nestes autores se encontra a totalidade do núcleo teórico deste pensamento, que irá posteriormente possibilitar o seu desenvolvimento em outros campos do conhecimento.” POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005, p. 23.

estrutura racional. A verdade era vista como algo a ser conhecido e regida por leis eternas da natureza que deveriam ser descobertas pelos estudiosos.

O movimento filosófico pragmatista, contudo, apresenta-se em um sentido diverso do que prevalecia à época. Seu surgimento é marcado pela rejeição da metafísica e do direito natural, ambos compartilhando a ideia de que a realidade poderia ser explicada por meio de categorias abstratas. Em oposição à ideia de busca por verdades supremas, o pragmatismo afirmava que a verdade não pode ser analisada de forma independente de seu observador: é considerado verdade aquilo que é útil para a realização dos fins desejados pelo indivíduo.

Em seu início, com Peirce, o pragmatismo não era uma filosofia, mas um método ou critério de análise acerca dos significados de uma ideia ou de um objeto, método este que determinava o significado de qualquer conceito como a soma de suas consequências práticas concebíveis. Por sua vez, para James o pragmatismo aparece como teoria da verdade, pois ele acreditava que o significado pragmático de uma ideia seriam os efeitos práticos que ela provoca na crença do indivíduo, nas reações particulares dele¹⁰⁻¹¹.

Embora existam alguns pontos de divergência entre os três pragmatistas clássicos, existe um núcleo comum presente na obra todos deles, chamada de matriz filosófica do pragmatismo. É sobre ela que se trata a seguir.

1.2. O que temos em comum? A matriz pragmatista

Thamy Pogrebinschi, de forma didática, a partir de estudos das obras dos primeiros pragmatistas, identificou um núcleo comum no movimento concebido por eles, formando sua matriz. A matriz pragmática é concebida em três ideias principais, com características próprias, porém inter-relacionadas: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo, que constituem o significado do pragmatismo¹².

¹⁰DE WAAL, Cornelis. *Sobre pragmatismo*. Trad. Cassiano Terra Rodrigues, p.53.

¹¹ Apesar de os pragmatistas clássicos se dividirem em diversos aspectos, p. ex., quanto ao pragmatismo ser apenas um método de significação ou uma teoria da verdade, suas obras guardam características comuns que formam um todo harmônico e permitem um estudo em conjunto. Para um estudo detalhado do pragmatismo em Pierce, James e Dewey, ver: POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005.

¹² POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*, 2005, p. 24 e 25.

Thamy Pogrebinski esclarece que o pragmatismo transita entre a filosofia, a sociologia e a ciência política, estabelecendo conexões entre elas e utilizando-se da mesma linguagem, a do antifundacionalismo, do consequencialismo e do contextualismo¹³. Ressaltando a importância do pragmatismo filosófico, a autora busca a recuperação da tradição filosófica do pragmatismo.

O antifundacionalismo caracteriza-se pela rejeição das proposições da metafísica. Pressupõe que não existem verdades absolutas e acabadas, sustentando, assim, que os conceitos tradicionais de certeza, realidade e verdade, elaborados nos moldes da metafísica tradicional, devem ser submetidos a um novo método. O método pragmatista constitui uma forma de resolver disputas entre o significado de conceitos metafísicos, por meio do qual o significado de cada conceito dependerá de suas consequências práticas¹⁴.

O segundo elemento da matriz filosófica, o consequencialismo, também chamado de instrumentalismo, refere-se à preocupação que o pragmatismo tem com o futuro, isto é, seu olhar prospectivo. É por meio da antecipação das consequências futuras que se pode conhecer qual delas é melhor e mais útil. Para o pragmatismo, todas as proposições são hipotéticas, ou seja, devem ser testadas a partir da dedução das suas consequências. Todas as proposições contêm uma referência ao futuro, de modo que só podem ser consideradas verdadeiras se as consequências futuras do processo de investigação da sua verdade assim o indicarem¹⁵.

Por fim, o contextualismo. Como vimos, o método pragmático avalia as teorias em razão das suas consequências e preocupa-se com as diferenças práticas que as teorias podem fazer. Segundo o contextualismo, as investigações filosóficas devem ser feitas a partir de seus contextos específicos, destacando a relação entre as ideias filosóficas, a vida social e a cultura da sociedade de onde as ideias

¹³ Além de o núcleo pragmatista ser comum aos três autores clássicos, a autora esclarece que eles convergiam filosoficamente também em outros aspectos, aspectos estes que se constituem em orientações filosóficas comuns ao pragmatismo. São elas: "(...) o afastamento da metafísica (Peirce afirmou certa vez que a razão de ser do pragmatismo é mostrar como quase todas as proposições da metafísica ontológica são sem sentido ou manifestamente absurdas. Esta mesma assertiva se desenvolve também plenamente em James e Dewey), a rejeição do nominalismo (de acordo com o pragmatismo, o nominalismo era uma filosofia em auxílio do egoísmo. Isto se deve ao fato de que o nominalismo nega o social, uma vez que reconhece apenas a realidade dos indivíduos) e, por fim, a proximidade com o realismo (embora os três pragmatistas concordassem que a realidade e a percepção dos objetos prescindem de mediações, a única ressalva possível aqui é sobre qual realismo está em jogo. Peirce, por exemplo, dizia-se um adepto do realismo escolástico, enquanto Putnam insiste que James advogava o realismo direto)". POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*, p.25.

¹⁴ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*, p.31.

¹⁵ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*, p.39 e 47.

partiram. Falar em cultura da sociedade significa falar das crenças políticas, religiosas e científicas, as quais compõem a experiência. O principal elemento constitutivo da experiência é a prática, a qual remete diretamente à formulação do conceito pragmatista de ação. Logo, a valorização da experiência e da prática mostra-se presente no pensamento pragmático dos autores clássicos.¹⁶

As três características da matriz pragmática são inter-relacionadas na conclusão de José Vicente Santos de Mendonça: "Eis que a matriz pragmatista se completa: se não existem fundações que justifiquem ou validem conceitos e teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas consequências, as quais só adquirem sentido dentro do contexto no qual estão inseridas"¹⁷. Com base nestas considerações, conclui-se que o pragmatismo clássico possui uma direção prospectiva, que almeja encontrar soluções adequadas ao contexto em que o indivíduo se encontra, com foco nas consequências e na flexibilidade dos conceitos.

1.3. O pragmatismo filosófico e o jurídico: uma busca pela independência?

Fixados os principais contornos da origem do movimento pragmático, por meio da corrente filosófica, e de seus elementos nucleares, é propício, então, o questionamento: o pragmatismo jurídico é independente do pragmatismo filosófico? A pergunta comporta diversas respostas, a depender de quem a responda.

A começar por David Luban, para quem "O pragmatismo jurídico desconectado de seus impulsos filosóficos compra a sua independência à custa de condenar-se à insignificância"¹⁸, a resposta é que o pragmatismo jurídico não pode ser independente da filosofia. Luban reconhece que uma decisão jurídica não pode ser baseada na filosofia, já que não resolverá o caso em julgamento, no entanto, isto não significa que o Direito deva ignorar as questões filosóficas que circundam os institutos e conceitos jurídicos. Para exemplificar, o autor cita a vedação à autoincriminação, a qual só se justificaria por questões filosóficas relativas à dignidade humana¹⁹.

¹⁶ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*, 49.

¹⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 38.

¹⁸ LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism? *Cardozo Law Review*, v. 18, n. 43, p. 43-73, 1996, p.65.

¹⁹ LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism?. *Cardozo Law Review*, p.62-63.

Em sentido oposto, Thomas Grey defende que é possível libertar o direito das teorias filosóficas. Sua resposta a nossa pergunta inicial é: embora o pragmatismo jurídico descenda historicamente do filosófico, a vertente jurídica é necessariamente prática, de uma maneira que a filosofia não é. A lei pode sugerir questões puramente filosóficas, mas quando isso ocorre, as discussões deixam de fazer parte da teoria jurídica para se juntar à filosofia especulativa²⁰.

Passemos, por fim, a resposta que Richard Posner daria a pergunta que fizemos. O autor é o expoente do pragmatismo jurídico atualmente e sua versão do movimento será objeto de estudo em nosso trabalho. Posner considera que, apesar da relação existente entre o pragmatismo jurídico e o filosófico, a vertente jurídica é independente, e decorre das características e nas necessidades do Direito norte-americano, e não da versão filosófica²¹.

Nessa linha, o pragmatismo filosófico teria pouco a contribuir com o jurídico porque aquele se tornou uma filosofia técnica. Este tipo de filosofia tende a ser contemplativo e não orientado para a ação, razão pela qual não teria público entre juízes e advogados. Com efeito, questões filosóficas podem aparecer ocasionalmente nos casos judiciais, mas são raros os juízes que conhecem elementos da filosofia pragmatista a ponto de utilizá-los, o que reduziria ainda mais a contribuição do pragmatismo filosófico²².

Bem entendidas suas considerações, conclui-se que Posner não rejeita o papel importante da filosofia no Direito, desde que esta funcione como mais uma fonte de conhecimento, mais um método investigativo, porém, não como método para fixar as fundações para o conhecimento. A filosofia pragmática incita a dúvida, e o questionamento instiga novas dúvidas, fazendo com que os juízes sejam menos dogmáticos. Por esta razão, ela contribui para “limpar as mesas judiciais”, mas não coloca nada nelas para substituir o que varreu para fora²³. Em outras palavras, a versão filosófica “limpa a vegetação rasteira, não planta a floresta”²⁴.

A despeito das divergências entre os autores acerca da independência entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico, ficamos com a opinião daqueles

²⁰ GREY, Thomas. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, v. 18, n. 21, p. 21-42, 1996, p. 37.

²¹ POSNER, Richard A. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*, v. 35, n. 1/2, p.147-159, 2004, p. 149.

²² POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 12.

²³ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 40-42.

²⁴ POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law. *Southern California Law Review*, v. 63, n.1653, p.1653-1670, 1990, p. 1670.

que defendem que não é possível um total desprendimento da raiz filosófica do pragmatismo. Com efeito, sua matriz filosófica facilita a compreensão de institutos jurídicos e decisões judiciais. As leis devem prever finalidades, que nem sempre podem ser alcançadas com referência apenas ao Direito²⁵.

Encerrando a discussão acerca da contribuição do pragmatismo filosófico, nos utilizamos, mais uma vez, da conclusão de José Vicente Santos de Mendonça: “(...) o pragmatismo jurídico só tem a ganhar se sua defesa se fizer precedida de uma introdução ao pragmatismo filosófico. E isso vale mesmo quando se aceita que são dois pragmatismos diferentes”²⁶.

1.4. O pragmatismo clássico e o Direito: o avanço para os Tribunais

1.4.1. “O que constitui o Direito?”: a autonomia dos formalistas e a resposta de Holmes

Fixadas as principais características do pragmatismo filosófico clássico, examina-se nos próximos tópicos seus reflexos no Direito, fazendo uma reconstrução histórica desde o formalismo de Langdell, passando pelas abordagens pragmática de Holmes e realista de Cardozo, cujos escritos deram espaço o realismo jurídico americano.

Até a primeira metade do século XIX, a justificativa das decisões judiciais do *common law* era feita recorrendo-se a uma autoridade divina, compatível com o direito natural. Com a rejeição da metafísica e do direito natural pelo pragmatismo filosófico e com a difusão desse movimento, era preciso buscar outra justificativa para as decisões do *common law*. É neste contexto que nasce, na segunda metade do século XIX, o formalismo jurídico nos Estados Unidos, sob o comando do então diretor da Faculdade de Direito da Universidade Harvard, Christopher Columbus Langdell²⁷.

²⁵ Cf. ROSENFELD, Michel. Pragmatism, Pluralism, and Legal Interpretation: Posner’s and Rorty’s Justice without Metaphysics Meets Hate Speech. *Cardozo Law Review*, v.18, n. 85, p.97-151, 1996.

²⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*. A intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo, p. 51.

²⁷ TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End*. Threat to the Rule of Law. Oxford: Cambridge University Press, 2006, p. 16-17.

O movimento formalista passa a ver o Direito sem o alicerce divino, conferindo-lhe autonomia. O raciocínio jurídico passa a ser indutivo: é possível extrair, por indução, princípios das decisões judiciais, os quais vão aplicar-se dedutivamente aos casos futuros, orientar as decisões a serem tomadas e antecipá-las. Desta forma, deduzia-se a solução de casos futuros a partir da solução que foi adotada para um caso já submetido à análise judicial. Prevalencia a lógica no Direito.

O formalismo, como o nome sugere, centrava sua preocupação na forma do Direito, dando a ele um caráter independente que ignorava fatores importantes das relações sociais que eram reguladas pelas normas. Richard Pildes, ao tratar sobre o formalismo, identifica suas principais características: o direito era um sistema científico de regras e instituições completo, pois fornecia respostas certas em todos os casos; formal, pois as respostas certas derivavam do funcionamento autônomo e lógico do sistema; conceitualmente ordenado, já que as regras basilares eram extraídas de alguns princípios fundamentais; e socialmente aceitável, na medida em que o sistema legal gerava sujeição normativa²⁸.

Os princípios deduzidos das decisões judiciais, tão valorizados pelo formalismo, ao mesmo tempo que deram ao Direito autonomia, passaram a ser criticados por ensejaram uma excessiva vinculação das decisões judiciais ao passado. Um dos críticos de destaque à época foi o ex-juiz da Suprema Corte dos EUA, Oliver Wendell Holmes Jr.²⁹, que possuía uma abordagem fortemente pragmática³⁰. Sua conhecida frase, “A vida do direito não tem sido lógica; tem sido

²⁸ PILDES, Richard H. Forms of formalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, p. 607-621, 1999, p. 608.

²⁹ Holmes atuou como juiz da Suprema Corte norte-americana, de 1902 a 1932. Discordando das opiniões formalistas predominantes, frequentemente era voto vencido nos julgados. Seu mais famoso voto vencido foi proferido no caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45-1905).

³⁰ Posner destaca a importância dos estudos de Holmes: “Precisely what contribution Holmes made to the birth of philosophical pragmatism is unclear, but that throughout his life his thought was strongly marked by pragmatism is beyond serious dispute. This was clear, at the latest, by 1881, when Holmes’s book *The Common Law* appeared, and it became even clearer in 1897 when he published an article called ‘The Path of the Law’, one of the most celebrated articles in U.S. legal history. Among the pragmatic points that Holmes made in these works were that the criminal law has regard to the dangerousness of criminals rather than to their intentions (i.e., whether willful or innocent), that law is a social tool and therefore concerned with consequences rather than with moral truths (and hence is concerned with the criminal’s acts rather than with his mind), that social scientific methods are essential to evaluating those consequences, that law is relative to public opinion, that history illuminates but should not dominate law, and that all that law is, ultimately, a prediction of what judges will do with a case if it is presented to them”. POSNER. Richard A. *Legal Pragmatism. Metaphilosophy*, p. 148.

experiência”³¹, demonstra sua rejeição ao formalismo e a defesa da abertura do Direito à reconsideração em razão da experimentação social.

Respondendo à pergunta “o que constitui o Direito?”, Holmes afirma que o Direito é o que os tribunais farão, de fato, com o caso em julgamento³². Para demonstrar o que o Direito é na realidade, Holmes sugere que seja adotado o ponto de vista do *bad man*³³, de um bandido, para que se perceba que o bandido está apenas interessado nas consequências materiais que sofrerá se violar a lei. Assim o fazendo, é possível saber o que é o Direito.

Em suma, Holmes deixou o legado de que o Direito deveria se aproximar do mundo real e, conseqüentemente, estar atento às circunstâncias sociais de cada momento histórico. Percebe-se alguma proximidade entre o pragmatismo jurídico e o realismo³⁴, razão pela qual examinaremos este a seguir.

1.4.2. O realismo: a importância da finalidade da norma

O movimento chamado de realismo jurídico preocupava-se com o resultado social produzido pelas decisões, apresentando um conceito de direito instrumental³⁵. Não se limitava a estudar o que o Direito estabelecia por meio das leis, mas atentava-se para a aplicação das normas pelos Tribunais: o Direito dos realistas é a prática jurídica. Como as normas podem ser interpretadas de mais de uma forma pelos juízes, estes devem ser sensíveis às necessidades sociais que os circundam. A interpretação do direito pelo juiz passa, então, a ser criativa.

³¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1967, p. 1.

³² Segundo Holmes: “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. *Boston University Law Review*, v.78, n. 699, p.699-715, 1998, p. 701. O autor exemplifica. Imagine que um contrato celebrado por escrito tem como objeto dar uma palestra, sem mencionar quando seria a execução. Uma das partes interpreta a promessa no sentido de que a palestra seja dada logo, dentro de uma semana. Já a outra interpreta como se a palestra devesse ser dada quando ela estiver pronta. O Tribunal, contudo, diz que a promessa significa dentro de um prazo razoável. As partes estão vinculadas pelo contrato como ele é interpretado pelo Tribunal, ainda que nenhuma delas quisesse dizer com o contrato o que o Tribunal veio a decidir (p. 704).

³³ A título de curiosidade, os estudiosos de Holmes acreditam que as prováveis fontes literárias que o levaram a fazer referência ao *bad man* seriam um livro de 1896, que Holmes teria lido, chamado *The Strange Schemes of Randolph Mason*, escrito por Melville Davison Post. Sustentam que o *bad man* de Holmes poderia ser qualquer advogado. SEIPP, David. *Holmes's Path*. *Boston University Law Review*, v. 77, p. 515-558, 1997, p. 543.

³⁴ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*, p.25.

³⁵ Nos referimos ao realismo jurídico que se desenvolveu nos EUA, distinto do realismo escandinavo, surgido na Escola de Uppsala, cujo precursor foi Axel Hägerstrom. Cf. EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: Vicente de Paulo Barretto (Org). *Dicionário de filosofia do direito*, p. 701.

O movimento realista ganhou espaço com Benjamin Nathan Cardozo, juiz da Suprema Corte norte-americana, o qual dedicou diversos escritos ao tema, utilizando-se do pragmatismo de John Dewey, expoente do pragmatismo filosófico à época. Cardozo passa a defender que o principal não é a origem da norma, mas a sua finalidade³⁶.

O direito dos realistas era centrado na aplicação das normas por meio de decisões judiciais das Cortes. No livro de *The Nature of Judicial Process*, publicado originalmente em 1921, Cardozo questiona o que os juízes fazem quando decidem um caso. De que fontes de informação eles se utilizam e em que proporção os juízes podem permitir que elas contribuam para o resultado do julgamento? Cardozo volta sua atenção para estes questionamentos, que ele diz serem ingredientes que entram em proporções variadas no “*estranho composto que é fabricado diariamente no caldeirão dos tribunais*”³⁷. Assim, o realismo defendido por Cardozo fica bastante claro quando ele afirma: “Nada é estável. Nada é absoluto. Tudo é fluido e mutável”³⁸.

As respostas aos questionamentos acima não permitem concluir que os realistas eram descomprometidos com o Direito. Como afirma Brian Tamanaha, os realistas não eram céticos sobre a relação entre o Direito e a atividade jurisdicional³⁹, ao revés, acreditavam no Direito e trabalhavam para melhorá-lo. O movimento atacava a noção de que as decisões judiciais apenas consagravam a aplicação lógica de regras e princípios, o que não significa que defendia o seu oposto, ou seja, a crença de que as regras e princípios não têm papel significativo na adjudicação judicial.⁴⁰

Para os realistas, na maior parte dos casos, as decisões judiciais aderem aos precedentes. A este respeito, Cardozo enfatiza que Holmes, ao afirmar que “a vida

³⁶CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of Judicial Process*. Dover: Dover Publications, 2012, p. 101.

³⁷CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of Judicial Process*, p. 329/330.

³⁸CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of Judicial Process*, p. 338.

³⁹ Em sentido oposto, Frederick Schauer conclui pelo ceticismo dos realistas, afirmando que “the Realists believed that decision-makers, especially judges deciding hard cases, initially make an ‘all things considered’ judgement about who ought to win. That preliminary judgement, taking into account moral, political, economic, and psychological factors, is not arbitrary, but is particularistic in focusing on the optimal results *for this case*...To the Legal Realist, rules serve not as sources of *ex ante* guidance, but as vehicles of *ex post* legitimation of decisions reached without regard for the rules”. No entanto, Brian Tamanaha afirma que Frederick Schauer estaria enganado ao concluir pelo ceticismo dos realistas. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. A Philosophical examination of rule based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 1997, p.192; TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press, 2010, p.93-94.

⁴⁰ TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, p.94-96.

da lei não tem sido lógica, tem sido experiência”, não quis dizer que a lógica deve ser ignorada quando a experiência for silente. Contudo, havendo razão suficiente, seja alguma consideração da história, dos costumes, da política ou de sentimento de justiça, o precedente não será seguido, de modo a prevalecer a experiência. Ausente razão suficiente, o processo judicial seguiria a lógica⁴¹.

Não obstante a importância que teve o realismo no pensamento jurídico norte-americano à época, parece que ele não logrou seu intento de por fim à autonomia do Direito pregada pelos formalistas. No final da II Guerra Mundial, tanto o pragmatismo filosófico como o realismo jurídico perderam suas forças. O pragmatismo reaparece na década de 1960, com Richard Rorty, e, na década seguinte, Mangabeira Unger apareceu como herdeiro radical do realismo jurídico⁴²⁻⁴³. A partir da década de 1980, o pragmatismo no Direito passa a ser representado por autores como Richard Posner, Thomas Grey e Daniel Farber. Este trabalho restringe-se à obra de Posner.

Uma observação final para este tópico e introdutória para o estudo que se segue. Embora o pragmatismo jurídico compartilhe com o realismo uma proximidade, Richard Posner afirma que sua versão do pragmatismo se afasta do realismo porque situa-se distante de preferências e aversões políticas, de modo que lhe faltam os compromissos políticos assumidos pelos realistas, que se identificavam com o *New Deal*. Além disso, segundo Posner, o pragmatismo jurídico, ao se fundamentar nos avanços em economia, na ciência política e outras disciplinas

⁴¹CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of Judicial Process*, p. 340. Cardozo esclarece ainda: “O mau uso da lógica ou da filosofia começa quando seu método e seus fins são tratados como supremos e finais”. No original: “The misuse of logic or philosophy begins when its method and its ends are treated as supreme and final” (p. 346).

⁴²POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e Política. *Revista Novos Estudos Cebrap*, n. 62, p.107-121, mar. 2002, p.109.

⁴³ Embora existam algumas características comuns entre as abordagens do pragmatismo clássico e do contemporâneo, daí porque parcela da literatura inclui autores mais recentes como Richard Rorty, Hillary Putnam e Donald Davidson no último grupo, há quem diga que não é adequado denominá-los de *neopragmatistas*, tendo em vista a profundidade das diferenças entre eles. É o entendimento de Alonso Freire. De todo modo, o autor conclui: “O valor do Pragmatismo talvez esteja na manutenção dos debates sobre os temas analisados e não no encerramento prematuro das discussões geradas sobre esses temas. Talvez esteja não na desconfiança, mas na permanente tentativa de incrementar o conhecimento e a compreensão de um objeto. Por isso, o processo de construção do entendimento está sempre aberto ao pragmatista”. FREIRE, Alonso. O Pêndulo de Posner. In: *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, v. 8, n. 2, p. 225-248, 2015, p. 244. Disponível em: <revistapensamentojuridico.fadisp.com.br>. Acesso: 10 dez. 2017. De fato, o movimento do pragmatismo comporta diversos posicionamentos, que são parcialmente divergentes. A esse respeito, autores como Richard Rorty chegaram a incluir Mangabeira Unger e Ronald Dworkin no elenco dos pragmatistas. Cf. RORTY, Richard. The banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. In: BRINT, Michael; WEAVER, William. *Pragmatism in law and society*. San Francisco: Westview, 1991, p. 90.

científico-sociais, poderia utilizar estas ciências em sua prática, ao passo que o realismo não as utilizava⁴⁴.

O que se conhece atualmente como pragmatismo jurídico decorre do pensamento pragmático clássico na filosofia que subsistiu com o tempo e da revisão das ideias das escolas jurídicas norte-americanas, o que reforça a importância da reconstrução histórica. Fixadas estas bases, importa agora expor os principais traços da repercussão do “*everyday pragmatism*” (“pragmatismo cotidiano”) de Richard Posner no âmbito do Direito.

1.5. O Pragmatismo Jurídico de Richard Posner

1.5.1. A ação guiada pelo *pragmatic mood*

Embora a abordagem pragmática para o Direito seja objeto de estudo de diversos autores, a versão do pragmatismo jurídico do juiz norte-americano Richard Posner é a mais famosa, seja pela repercussão das suas ideias no ambiente acadêmico, seja pela expressiva quantidade de obras por ele publicadas⁴⁵. Examine-se, a partir de agora, o significado de pragmatismo para o autor, o conceito de *everyday pragmatism* (“pragmatismo cotidiano”) e a proposta de adjudicação pragmática.

Como o próprio Posner disse, “o pragmatismo, não obstante o esforço de definição de William James, é o diabo para definir”⁴⁶. Ainda hoje assiste-se a

⁴⁴ POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003, p. 84.

⁴⁵ A projeção de Posner no meio acadêmico está relacionada ao seu trabalho na primeira fase do movimento da Análise Econômica do Direito (AED), conhecida como Escola de Chicago, sendo consagrado como um de seus fundadores. No entanto, as obras que nos interessam no presente estudo, e cujo conteúdo será abordado ao longo do capítulo, são aquelas escritas após a chamada “virada pragmática” de Posner, a qual está associada a diversos artigos, que vieram a originar as obras *The Problems of Jurisprudence*, publicada em 1990, *Overcoming Law*, publicada em 1995 e *The Problematics of Moral and Legal Theory*, publicada em 1998. A partir destas ideias, Posner editou outras obras desenvolvendo as reflexões sobre os temas: *Frontiers of Legal Theory*, publicada em 2001, *Law, Pragmatism and Democracy*, publicada em 2003 e *How Judges Think*, publicada em 2008. Dentre elas, o livro *Law, Pragmatism and Democracy* traz relevantes contribuições para a teoria da democracia e para a teoria do direito, merecendo estudo detalhado. No livro, Richard Posner busca explicar qual deve ser o papel apropriado do pragmatismo na lei e no governo em geral. Seu objetivo principal é desenhar as implicações do pragmatismo para as decisões judiciais e para a governança política. Em razão de sua importância para nosso estudo, daremos a esta obra um destaque maior do que às demais obras do autor.

⁴⁶ No original: “Pragmatism, notwithstanding William James’s effort at definition, is a devil to define”. POSNER, Richard. Allen. *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003, p.24

discussões relacionadas à definição do pragmatismo jurídico e à comparações entre ele e outras escolas do pensamento jurídico, como consequencialismo⁴⁷.

A começar pelos primeiros filósofos pragmatistas, Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, o que se infere é que eles próprios possuem visões muito diferentes entre si. Embora defenda a independência entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico, Posner reconhece que foi a partir dos filósofos que a palavra pragmatismo passou a circular nos ambientes intelectuais, por meio do “Clube Metafísico”, como vimos⁴⁸.

Distanciando-se de ser uma doutrina uniforme, o pragmatismo é mais uma tradição, uma atitude e uma perspectiva, tanto em sua versão filosófica quanto jurídica. Em verdade, existe um *pragmatic mood*, que é antigo, e se ramificou em uma filosofia do pragmatismo e em uma prática cotidiana do pragmatismo⁴⁹.

A aplicação da matriz pragmática auxilia na compreensão do significado que se busca neste tópico. Não apenas o pragmatismo jurídico de Richard Posner, mas também o de Thomas Grey e Daniel Farber caracterizam-se pela postura antifundacionalista, ao sustentarem o esvaziamento dos conceitos e categorias tidos como certos e imutáveis, bem como ao negarem a existência de um método que seja capaz de fixar fundamentos inabaláveis para a ação humana⁵⁰. Diante da complexidade da atividade judicial e para contribuir com a compreensão adequada do Direito, os juízes e advogados devem recorrer a diversas teorias, e não apenas a uma⁵¹. Da mesma forma, o Direito é contextual na medida em que possibilita ao juiz pragmatista utilizar fontes do âmbito jurídico e não-jurídico para atender às necessidades sociais que se põem no caso em julgamento, como dados científicos, técnicos, a experiência do magistrado, dentre outras. Por fim, esse amplo leque de informações de que dispõe o juiz pragmatista deve ser direcionado para proporcionar a decisão com as melhores consequências, mostrando-se evidente o consequencialismo.

Desta forma, ao invés de fundamentar as decisões dos casos presentes nos princípios extraídos das decisões passadas, deduzindo-se a solução, ou

⁴⁷ A diferença entre as escolas será examinada adiante.

⁴⁸ POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 147.

⁴⁹ POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p.26.

⁵⁰ FARBER, Daniel. Legal pragmatism and the Constitution. *Minnesota Law Review*, v. 72, p.1331-1378, 1988, p.1337-1338.

⁵¹ GREY, Thomas. *Freestanding legal pragmatism*, p. 37.

simplesmente na linguagem de uma lei, como prega o formalismo, o pragmatismo refere-se ao fundamento da decisão judicial nos resultados que ela parece ter⁵².

Referindo-se a Oliver Wendell Holmes Jr., Posner destaca que a conhecida passagem do juiz da Suprema Corte americana poderia ser o *slogan* do pragmatismo jurídico: “A vida da lei não tem sido lógica, tem sido experiência”. Explica o autor que, onde se lê “lógica”, leia-se “formalismo”, e onde se lê “experiência”, “empiricismo”⁵³.

Com esta visão geral sobre o significado de pragmatismo para Posner, examina-se o “pragmatismo cotidiano”.

1.5.2. A versão cotidiana: o pragmatismo do dia a dia

Ao anunciar sua aposentadoria como juiz da Corte de Apelações, Posner declarou que está “orgulhoso de ter promovido uma abordagem pragmática para julgar durante meu tempo na Corte (...)”⁵⁴. O que é a abordagem pragmática de que ele se orgulha? O presente tópico e o seguinte se ocupam de responder a pergunta, definindo e caracterizando sua versão pragmatismo, assim como abordando seus princípios de aplicação.

Posner sustenta que *opr pragmatic mood* fez surgir um pragmatismo diferente, que não se confunde com o pragmatismo filosófico, e que tem muito a contribuir com o Direito. Trata-se do “*everyday pragmatism*” (ou “pragmatismo cotidiano”), que é definido pelo autor como “a mentalidade representada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, que significa prático e eficiente, ‘não-absurdo’, desdenhoso da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralistas e os sonhadores utópicos”⁵⁵.

⁵² POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p.40.

⁵³ POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p.57.

⁵⁴ No original: “(...) proud to have promoted a pragmatic approach to judging during my time on the Court, and to have had the opportunity to apply my view that judicial opinions should be easy to understand and that judges should focus on the right and wrong in every case.” SOMIN, Ilya. *Thoughts on judge Richard Posner’s legal pragmatism*. The Washington Post, set. 2017. Disponível em: < <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/09/02/thoughts-on-judge-richard-posners-legal-pragmatism/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁵⁵ Livre tradução. No original: “Everyday pragmatism is the mindset denoted by the popular usage of the word “pragmatic,” meaning practical and business-like, ‘no-nonsense’ disdainful of abstract theory and intellectual pretension, contemptuous of moralizers and utopian dreamers” POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 49 e 50.

Afastando-se do pragmatismo filosófico ou restrito à academia, o pragmatismo de Posner é cotidiano no significado popular do termo, dando origem a uma versão orientada para a ação do dia a dia. Os casos jurídicos devem ser decididos pelos juízes utilizando o mesmo raciocínio que um cidadão comum pode ter quando busca uma solução para questões práticas.

Sob esta ótica, juízes, demais operadores do Direito e legisladores devem ser pragmatistas cotidianos, ou seja, devem pensar em termos de consequências, sem se limitar à retórica do formalismo legal e do pragmatismo filosófico. O pragmatismo cotidiano atinge, portanto, diretamente a prática do juiz e do advogado. O juiz que segue o pragmatismo cotidiano quer saber o que está em jogo, no sentido prático, ao decidir o caso de uma forma ou de outra. Contudo, decidir desta forma não implicaria em preocupar-se apenas com as consequências imediatas ou em curto prazo. Preocupa-se, também, que decisão do caso produza as melhores consequências para as partes nas situações semelhantes.

Tal postura não significa que o juiz pragmatista nega a importância da previsibilidade, generalidade e segurança jurídica para o Estado de Direito. Ele as reconhece, mas não as sacraliza; pondera-as com as melhores consequências da decisão para as partes e para aqueles que estão em situações similares, como será visto no próximo tópico.

O olhar voltado para as consequências é, portanto, o primeiro aspecto para compreender o que é o pragmatismo cotidiano de Posner. Naturalmente, temos que acrescentar a esta ideia outros elementos, os quais o autor reputa necessários para se qualificar o pragmatismo: a descrença em entidades metafísicas como "verdade", "realidade" e "natureza", a análise das proposições por suas consequências, e sua conformidade com necessidades humanas e sociais⁵⁶. Em verdade, socorrendo-nos da estruturação de Thamy Pogrebinski, esses três elementos nos remetem, respectivamente, à matriz pragmática: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo.

A postura pragmática crítica, que avalia as teorias por suas consequências, implica em uma rejeição de pretensões teóricas totalizantes e em um reconhecimento que o Direito não é um objeto de estudo único e bem definido. Logo, afirmar que uma única teoria explica tudo o que é legal seria dar um conceito muito

⁵⁶ POSNER, Richard. What has pragmatism to offer law. *Southern California Law Review*, p. 1660.

restrito do que seja o Direito⁵⁷. O pragmatismo, portanto, é capaz de dar atenção a diversas teorias e utilizar qualquer fonte que lhe pareça útil, o que caracteriza o seu caráter eclético.

O ecletismo está presente também na concepção de Daniel Farber, para quem o pragmatismo jurídico significa essencialmente resolver casos judiciais usando cada ferramenta que vem à mão, incluindo precedente, texto legal, política social etc⁵⁸, o que confere um caráter holístico ao pragmatismo e autoriza o juiz a socorrer-se de qualquer consideração que seja útil para decidir os casos difíceis.

Analisadas as definições do *pragmatic mood* e do *everyday pragmatism*, pode-se prosseguir para o exame de sua operacionalização pelo juiz pragmatista, por meio dos princípios que orientam a adjudicação judicial. Antes, contudo, cabem duas observações sobre o que *não* é o pragmatismo jurídico.

Primeiro, embora o pragmatismo jurídico guarde proximidade com as teorias que guiam a investigação empírica, não há identidade entre ele e o movimento chamado *Law and Economics*. O termo *Law and Economics* é conhecido na literatura nacional como Análise Econômica do Direito (AED), a qual consiste, em apertada síntese, na aplicação da teoria econômica – em especial da teoria microeconômica e da teoria econômica do bem-estar – na compreensão do impacto econômico causado pelas decisões, estas englobando normas jurídicas, atos administrativos e sentenças judiciais⁵⁹.

A AED, tal como conhecida hoje, tem sua origem na chamada Escola de Chicago, a partir do início da década de 1960. Nesse período, uma nova geração de acadêmicos pretendia modificar o pensamento jurídico e oferecer novos discursos sobre o direito e o processo decisório. O declínio da visão do direito enquanto disciplina autônoma, explorada pelo realismo jurídico, contribuiu para o início da AED, a qual buscava a inserção no pensamento jurídico dos conhecimentos de outras disciplinas, especialmente da economia. No entanto, apesar de essa ser a

⁵⁷LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism?. *Cardozo Law Review*, p. 43.

⁵⁸FARBER, Daniel A. Legal pragmatism and the Constitution. *Minnesota Law Review*, p.1332.

⁵⁹MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 1. Um conceito também amplamente utilizado para AED é: '*the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions*', cf. ROWLEY, Charles K. Common Law in Public Choice Perspective: A Theoretical and Institutional Critique, *The Hamline L. Rev.*, v. 12, 1988, p. 355.

concepção mais abordada sobre o histórico da AED, há quem diga que o movimento de adoção da AED é mais antigo e remonta à Holmes⁶⁰.

De toda forma, o mais conhecido teórico de AED é Posner, um dos quatro fundadores da Escola de Chicago, conhecida como a primeira fase da AED, em conjunto com Ronald Coase, Henry Manne, Gary Becker e Guido Calabresi⁶¹. Em 1973, Posner publica *Economic Analysis of Law*, um livro seminal sobre Análise Econômica do Direito, e cria o periódico científico *Journal of Legal Studies*, por meio do qual passa a publicar artigos sobre o tema. Daí porque alguns identificam o movimento com o pragmatismo jurídico; porém, cuidam-se de movimentos distintos.

A AED possui um aspecto descritivo, que pretende utilizar a teoria econômica para auxiliar na demonstração das consequências das decisões, objetivando aplicar o raciocínio empírico da Economia às instituições jurídicas, bem como possui um aspecto prescritivo, que servirá para aconselhar os juízes e administradores públicos na escolha da decisão a ser tomada, conforme as finalidades próprias da ordem jurídica considerada⁶².

Desta forma, o juiz pragmatista pode se utilizar da análise econômica como um instrumento para verificar a relação entre a decisão e a demonstração de seus resultados econômicos, auxiliando na tomada de decisão⁶³. A análise econômica é, assim, apenas mais uma ferramenta à disposição do juiz, dentre tantas outras possíveis. No entanto, a escolha da melhor decisão não será determinada pela análise econômica, mas sim pela atitude pragmatista em relação ao Direito.

Segundo, o pragmatismo jurídico, aí incluída a versão de Posner, não se identifica com o consequencialismo, movimento que avalia as condutas pelo valor de suas consequências. Trata-se de uma teoria que possibilita saber se uma determinada escolha é a certa para um agente, o qual deve decidir com o olhar para

⁶⁰ No capítulo escrito sobre o Histórico da AED, na *Enciclopedia of Law and Economics*, Erjan Machaay ressalta que Holmes, em 1897, já dizia que o estudo racional do direito, no futuro, pertencia aos *experts* em estatística e aos mestres da economia. Cf. MACKAAY, Ejan. History of law and economics. *Encyclopedia of law and economics*, v. 1, p. 65-117, 2000.

⁶¹ Bastante representativas dos trabalhos da Escola de Chicago são as obras de: CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961 e COASE, Ronald. The problem of social costs. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p.1-44, out.1960.

⁶² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2007.

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais no Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 59-60.

as consequências da decisão sobre o mundo. Assim, constitui-se em uma teoria do certo, e não do bom⁶⁴.

Internamente, os consequencialistas dividem-se em diversos grupos, a depender dos tipos de consequências que buscam com as condutas. O utilitarismo é um destes grupos, buscando as efeitos que maximizem a utilidade para a sociedade.⁶⁵

Conforme enfatiza Posner, “uma coisa é se preocupar com as consequências, incluindo aquelas para a utilidade (bem-estar)”, como se preocupa no pragmatismo, “outra é ser comprometido com a estratégia de maximizar alguma classe de consequências”⁶⁶. O pragmatismo cotidiano exige que a decisão seja a mais razoável possível, consideradas todas as circunstâncias, como veremos no próximo tópico, elementos que não justificam que a decisão seja tomada buscando apenas a maximização da utilidade ou outros critérios puramente consequencialistas.

1.5.3. A decisão judicial pragmática: alguns princípios orientadores

Como se infere pelas considerações até o momento, a postura pragmática no Direito centra-se numa maior preocupação em fundamentar os julgamentos em fatos e em consequências. Com o fim de fornecer uma elucidação mais clara, contudo, Posner formula uma estrutura adicional sob a forma de princípios que orientam a adjudicação judicial, vista a seguir, restrita, contudo, aos pontos mais importantes relacionados ao presente trabalho. Naturalmente, os princípios são reflexos dos elementos que caracterizam o pragmatismo.

Nosso ponto de partida será a análise da relação entre o pragmatismo e as consequências da decisão. Não por acaso é este o ponto de onde iniciaremos: tanto a versão filosófica – por meio do seu elemento constitutivo, o consequencialismo – quanto a jurídica possuem preocupação com o futuro, ou seja, um olhar prospectivo.

Com efeito, o pragmatismo jurídico é sensível às consequências para o caso concreto, assim como com as consequências sistêmicas. As primeiras referem-se às pessoas imediatamente afetadas pela decisão judicial e consideradas naturalmente pelos magistrados. A novidade reside nas consequências sistêmicas, incluindo as

⁶⁴ PETTIT, Philip. *Consequentialism*. Aldershot: Dartmouth, 1993, p. xiii.

⁶⁵ PETTIT, Philip. *Consequentialism*, p. xiii.

⁶⁶ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 65.

institucionais, e referem-se aqueles que estão em situações similares⁶⁷. Cabe ao juiz pragmatista, nesse cenário, equilibrar as consequências do caso concreto com as sistêmicas. Esclareça-se, ainda, que ao falar em consequências o pragmatismo não se restringe às econômicas, mas abrange diversos outros tipos de consequências, como as sociais e políticas.

Note-se que o juiz pragmatista não age em conformidade cega às normas preexistentes, pois demonstra flexibilidade, criatividade e adaptação. Diante de um novo caso, para o qual as leis e os precedentes não fornecem uma solução, o juiz pragmático não deve se ater apenas a eles. Entretanto, tenta abordar o novo caso da forma que cause a menor perturbação possível no sistema jurídico e nas expectativas da sociedade consagradas nas leis e nos precedentes⁶⁸⁻⁶⁹.

Nesse ponto, destacamos o segundo princípio tratado por Posner: a adjudicação pragmática orienta-se por um critério final, a razoabilidade. Um juiz pragmatista deve produzir a decisão mais razoável, consideradas todas as circunstâncias, as quais incluem não só as consequências específicas da decisão, mas também a conveniência de se preservar os valores do Estado de Direito⁷⁰. Como já foi dito, a lei é entendida pelos pragmatistas como uma ferramenta social orientada para fins sociais. Diferentemente dos formalistas, para os quais os casos novos e difíceis têm apenas uma resposta certa, o pragmatismo jurídico defende que estes julgamentos não devem ser vistos como certos ou errados, mas sim como razoáveis ou não razoáveis. A proposta de Posner não pretende alcançar a resposta certa:

(...) E ele [o pragmatismo jurídico] não estabelece uma aspiração maior para o juiz do que a de que suas decisões sejam razoáveis à luz dos interesses em conflito nos casos, embora uma decisão razoável não seja necessariamente 'certa'.⁷¹

⁶⁷ POSNER, Richard A. *How judges think*, p. 238-239.

⁶⁸ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 11-12.

⁶⁹ Para Posner, no sistema do *common law*, embora os Poderes sejam institucionalmente distintos, o Judiciário não apenas aplica a lei, mas também cria a lei, dividindo o poder de elaboração da lei com o Legislativo. Segundo o autor, no âmbito da Suprema Corte norte-americana, por exemplo, o texto constitucional é, em grande parte, resultado da criação dos Ministros (*Justices*) em decorrência de sua interpretação. POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 61.

⁷⁰ Posner esclarece: "All things' include not only the decision's specific consequences, so far as they can be discerned, but also the standard legal materials and the desirability of preserving rule-of-law values." POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003, p. 64.

⁷¹ Livre tradução. No original: "And it sets no higher aspiration for the judge than that his decisions be reasonable in light of the warring interests in the cases, although a reasonable decision is not necessarily a 'right' one". POSNER, Richard A. *How judges think*, p.249.

É preciso, desta forma, definir o que é a decisão mais razoável. Passemos a mais um princípio estabelecido por Posner. Razoabilidade não significa necessariamente melhores consequências. A adjudicação pragmática não se identifica com o consequencialismo, como vimos. Ademais, embora deva o juiz pragmático ser comprometido com as consequências, é inviável que ele leve em conta *todas* as possíveis consequências de suas decisões, sobretudo em razão da limitação de informação que está disponível para os juízes.

Em verdade, a consideração de todas as possíveis consequências das decisões não está ao alcance do juiz, pois seria preciso algo próximo de poderes de um deus, capaz de identificar todos os efeitos do julgamento. Talvez esta fosse uma tarefa para um juiz dotado de inteligência e capacidade supremas, como o Juiz Hércules retratado por Dworkin⁷², mas não para o juiz do pragmatismo cotidiano a que Posner se refere.

Logo, para o pragmatismo jurídico, a decisão mais razoável não é necessariamente a que produz as melhores consequências⁷³. Posner identifica, então, dois passos a serem percorridos na interpretação judicial: o primeiro é buscar qual a finalidade do texto legal ou contratual, ou do precedente; o segundo é decidir qual o resultado para o caso serviria melhor para aquele propósito⁷⁴.

Sob esta ótica, o terceiro princípio que merece destaque afirma que o pragmatismo é instrumental ou orientado para resultados, dando enfoque à necessidade de se considerar os fins produzidos pela norma. Mais do que a origem da norma, a preocupação centra-se no caráter instrumental dela, voltada para o futuro. Com efeito, a instrumentalidade do Direito torna-se mais evidente recentemente, a partir de meados do séc. XX, com o movimento *Law and Economics* e com o próprio pragmatismo jurídico. Veremos este ponto com mais detalhes ao tratarmos do contraponto de Brian Tamanaha ao pragmatismo. O que

⁷² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

⁷³ Para exemplificar, Posner cita a emoção e a opinião pública como fatores que influenciam o juiz pragmático. Imagine que seja contestada judicialmente uma lei que proíbe o incesto, sob o fundamento de violação inconstitucional à liberdade, sem excepcionar quando um dos adultos ou o casal adulto é estéril. A consequência negativa do não reconhecimento da exceção seria proibir o relacionamento íntimo e prejudicar a felicidade do casal. Contudo, a repulsa ao incesto é muito presente na sociedade americana, de modo que a invalidação da lei causaria uma revolta pública desproporcional aos benefícios da invalidação para o casal. Diante destas circunstâncias, o juiz pragmático tenderia a manter a validade da lei sem a exceção requerida, não obstante as consequências boas que a invalidação poderia trazer ao casal. POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 65.

⁷⁴ POSNER, Richard A. *How judges think*, p. 245-246.

importa saber, por ora, é que o instrumentalismo é uma crítica ao formalismo jurídico, já que pretende orientar o Direito para a obtenção de resultados.

Nesse sentido, o pragmatismo jurídico se opõe ao formalismo jurídico – outro princípio essencial para operar o pragmatismo cotidiano. O juiz pragmatista busca as melhores consequências ao decidir, usando para tanto quaisquer informações que lhe sejam passadas pelos advogados, sua própria memória, leitura e experiência, e não apenas pelas normas e pelos precedentes. Porém, um juiz pragmatista pode, em algumas circunstâncias, decidir adotar a retórica formalista em sua decisão judicial, recorrendo ao formalismo como uma estratégia pragmática, e ainda assim estará agindo conforme o pragmatismo jurídico⁷⁵.

Portanto, é indispensável que o juiz, assim como o advogado, tenham conhecimento profundo dos textos legais e dos precedentes, exatamente porque são eles que conferem à comunidade a previsibilidade no resultado do julgamento⁷⁶. O pragmatismo valoriza a adesão às decisões anteriores como uma necessidade e lhe confere importância retórica e historicista, pois a continuidade é um valor social, mas não como um dogma, suficiente a fundamentar a postura judicial⁷⁷. Desta forma – e aqui destacamos mais um princípio da adjudicação pragmática–, não reconhece que há um dever com relação ao passado; ao revés, o pragmatismo jurídico é prospectivo.

Some-se a isso que o pragmatismo não é hostil a todas as teorias; apenas não acredita que preferências ideológicas ou teorias fundadas em abstrações, como a maioria das teorias morais e políticas, possam guiar uma decisão judicial. Ele rejeita, portanto, a teoria inútil, ao mesmo tempo em que está mais aberto a aceitar contribuições de outros campos de conhecimento do que um jurista mais convencional estaria⁷⁸. Por exemplo, se aproxima de teorias que guiam a investigação empírica, como a Economia.

Mais um princípio apontado por Posner que orienta as decisões judiciais refere-se ao caráter empírico do pragmatismo: o método experimental de investigação é o melhor e permite que as proposições sejam testadas por suas consequências práticas⁷⁹. Em razão disso, rejeita conceitualismos metafísicos,

⁷⁵ POSNER, Richard A. *How judges think*, p. 19.

⁷⁶ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p.63-64.

⁷⁷ POSNER, Richard A. *Legal Pragmatism. Metaphilosophy*, p.152.

⁷⁸ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p.76-77.

⁷⁹ POSNER, Richard A. *How judges think*, p. 246-247.

duvida da possibilidade de descobertas de verdades finais e desconfia de respostas corretas.

Sobretudo nos momentos iniciais do desenvolvimento de doutrinas ou jurisprudência, as decisões devem ser mais restritas, ao invés de amplas. O foco deve ser o caso que o juiz tem diante de si, evitando generalizações prematuras. Por exemplo, em assuntos relacionados ao país, considera-se uma atuação pragmática a demora na intervenção judicial, a fim de aguardar-se o tempo necessário para a experimentação social. Antes de chegar à conclusão, por mera especulação, de que um programa público deve ser invalidado por ser inconstitucional ou ilegal, aguarda-se um tempo para que ele produza efeitos e seja avaliado empiricamente⁸⁰. Aqui, as teorias que guiam a investigação empírica são bem vindas, como a econômica, novamente.

É reconhecido, portanto, espaço para a verificação do que funciona na prática, resumindo-se na seguinte pergunta: “Que diferença prática, palpável e observável isto faz para nós?”⁸¹. Trata-se de um processo de tentativa e erro, em que se tenta uma coisa e depois outra, em um esforço de descobrir caminhos para melhor prever e controlar o meio físico e social.⁸²

Por fim, importa trazer um último princípio. Deixamos sua análise por último porque ele representa uma conclusão do que foi visto até aqui. O pragmatismo jurídico não é um complemento do formalismo jurídico. Em outras palavras, o pragmatismo não é usado pelos juízes apenas quando as fontes convencionais das decisões, tais com as leis e os precedentes, não permitem a solução do caso.

É verdade que, na maior parte dos casos, os juízes vão se contentar com essas fontes convencionais, de modo a preservar a expectativa da sociedade quanto ao julgamento, desde que, claro, as consequências não sejam absurdas. O formalismo será, então, a melhor estratégia pragmática⁸³. Contudo, mesmo nestes casos, a decisão é pragmática.

⁸⁰ POSNER, Richard A. *Legal Pragmatism*. *Metaphilosophy*, p. 151.

⁸¹ POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p.7.

⁸² Na precisa definição de José Vicente Santos de Mendonça: “O caráter empírico do pragmatismo de Posner possui três sentidos. É manifestação da razão prática e, portanto, a) quer ver resultados antes de decidir a respeito de alguma ação pública, e, nos estágios iniciais de consolidação doutrinária e jurisprudencial, prefere decidir ‘menos’ a ‘mais’, b) quer raciocinar em cima de dados concretos, não de construções intelectuais abstratas, c) prefere soluções realistas, úteis e sensatas, a decisões formalmente perfeitas, mas conducentes a resultados desastrosos”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo, p. 65.

⁸³ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 19.

Com base na caracterização acima, infere-se que o pragmatismo de Posner, em síntese, preocupa-se com as consequências imediatas da decisão assim como com as consequências para casos similares, embora não seja uma forma de consequencialismo. É capaz de dar atenção a diversas teorias e utilizar qualquer fonte que lhe pareça útil para a solução do caso; é empírico e próximo da experimentação, logo, tende a preferir decisões mais restritas no início do desenvolvimento de tendências e não acredita que juízes possam dar respostas corretas para casos difíceis, mas apenas podem alcançar resultados razoáveis. Por fim, é antiformalista, mas respeita o Estado de Direito, na medida em que reconhece importância ao papel historicista das normas e dos precedentes.

São muitas as críticas às propostas de Posner e certamente sua discussão é relevante. Por esse motivo, trataremos dos contrapontos extraídos das obras de dois autores, selecionados em razão da importância das críticas formuladas e por estarem entre as mais difundidas: Brian Tamanaha e Ronald Dworkin.

1.6. O pragmatismo jurídico em ataque

1.6.1. O contraponto de Tamanaha: o instrumentalismo e a ameaça ao Estado de Direito

Para a visão não instrumental do Direito, as leis não são produto da vontade humana e o seu processo de elaboração apenas descobre o seu conteúdo, mas não o cria. A ideia é antiga. O Direito existente na Idade Média era marcado pelo seu caráter não instrumental. As fontes do Direito eram a natureza, Deus e os costumes da comunidade, e a aplicação do Direito dava-se, em sua maior parte, pela descoberta do conteúdo de leis não escritas^{84- 85}.

⁸⁴ TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Oxford: Cambridge University Press, 2006, p. 11.

⁸⁵ O *common law* que se desenvolveu inicialmente nos Estados Unidos é marcado pela ideia de não instrumentalidade. A herança medieval é perceptível até a primeira metade do século XIX, período em que o *common law* deriva de leis da natureza imutáveis e universais e dos usos e costumes da comunidade. TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 13.

A partir da segunda metade do século XIX, já sob as influências do Iluminismo e da ênfase no uso da razão como fonte da verdade e do conhecimento, o Direito passa a ser visto como uma ciência, dentre tantas outras existentes⁸⁶.

As antigas crenças na lei divina e na lei natural, bem como nos costumes da sociedade, são questionadas e, com isso, também o é o caráter não instrumental do Direito. Assumindo a posição de ciência, a lei passa a ser vista como a fonte da ordem social, o que enseja a discussão sobre a utilidade do Direito no desempenho de suas funções. Esta “mudança de orientação é um passo fundamental para afastar-se de ver o Direito como um fim em si para vê-lo como um meio para um fim”⁸⁷.

Contudo, a consagração e difusão da ideia do instrumentalismo torna-se mais evidente recentemente, a partir de meados do séc. XX, com o movimento *Law and Economics* e com o desenvolvimento do pragmatismo jurídico. Ainda que haja diferenças entre os movimentos, como vimos, em ambos valoriza-se o caráter instrumental da norma jurídica. Como explica José Vicente Santos deMendonça, não se vê mais no Direito um “componente desinteressado, prévio ou superior”. “Ele agora é só um meio”.⁸⁸

Porém, a mudança vem acompanhada de muitas críticas. Em um contexto em que a visão não instrumental perde espaço para a instrumental, argui-se que o sistema jurídico passaria a ser privado de duas ideias centrais para o Estado de Direito. Se, antes, a lei divina, os princípios naturais, a razão e os costumes conferiam integridade e consistiam em limites ao Direito, com primazia sobre as leis positivadas, com a mudança para uma compreensão instrumental, os únicos limites à legislação seriam aqueles especificados na Constituição e leis positivas, todos contidos no texto, ainda que implicitamente⁸⁹.

Segundo, os fatores que enfraqueceram a visão não instrumental também debilitariam a noção de bem comum. Se, antes, o Direito se destinava para o bem-estar da comunidade e, por isso, merecia a obediência dos cidadãos, com o colapso da noção de bem comum, que constitui um elemento essencial do Estado de Direito

⁸⁶ É neste contexto que nasce o formalismo jurídico nos Estados Unidos, movimento que passa a ver o Direito sem o alicerce divino, conferindo-lhe autonomia. Remetemos o leitor ao item 1.4.1 deste Capítulo.

⁸⁷ TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 21.

⁸⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico. A intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*, p. 78.

⁸⁹ TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 215-216.

e uma justificação para que a lei impere, o próprio Estado de Direito ficaria ameaçado⁹⁰.

É este o sentido da crítica de Brian Tamanaha⁹¹. Quando o Direito perde os seus limites superiores e é visto como um instrumento para um fim, as leis podem ter qualquer conteúdo e servir a qualquer finalidade. É aí que reside o risco de ser capturada por interesses privados que se afastam do bem comum, normalmente em benefício dos mais ricos e poderosos. A sociedade heterogênea do séc. XX é composta por grupos com interesses em direções opostas, sejam eles econômicos, sociais ou religiosos, cada um querendo emplacar suas agendas; perde-se, portanto, a noção do que é bem comum e a lei pode ser um instrumento para qualquer fim desejado.

Segundo Tamanaha, o pragmatismo jurídico, fundado na visão instrumental do Direito, potencializa os riscos citados acima. Ao tentar alcançar as consequências mais razoáveis, o juiz teria que analisar questões políticas, científicas, morais e econômicas, além de previsões especulativas de consequências futuras, todas questões sobre as quais não tem informações confiáveis, o que acabaria por ensejar decisões conforme as preferências de cada juiz. A consequência seria o desrespeito à previsibilidade, à segurança jurídica e à igualdade.

A crítica feita ao caráter instrumental do pragmatismo reconhece que os juízes antes eram orientados para seguir estritamente a lei, mas defende que isto não significava que eles desconsideravam totalmente os resultados quando eles eram absurdos. Contudo, a orientação decorrente do instrumentalismo, ao encorajar o julgador a lutar para alcançar os fins pretendidos, tornaria a consideração dos fins uma questão de rotina e, portanto, uma ameaça que afeta a aplicação das normas legais e o Estado de Direito. Isto importaria na manipulação das normas jurídicas como instrumentos para chegar a um fim particular⁹². Conclui Brian Tamanaha:

A atual ameaça ao Estado de Direito, para retornar ao ponto-chave, não é que seja impossível aos juízes serem conscientemente vinculados às normas jurídicas quando proferem suas decisões, esforçando-se para deixar de lado as preferências subjetivas e

⁹⁰TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 217-218.

⁹¹ Acompanham a crítica de Brian Tamanaha também Friedrich Hayek e Fredrick Schauer. HAYEK, Friedrich. *The Constitution of Liberty*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1960; SCHAUER, Fredrick. *Formalism*. *Yale Law Journal*, v. 97, 1988.

⁹²TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p.233

respeitar as normas legais. Pelo contrário, a ameaça vem da *crença* de que isso não pode ser feito ou da *escolha* de não fazê-lo.⁹³

Entretanto, com base na conclusão alcançada nos tópicos anteriores sobre o pragmatismo, pode-se defendê-lo.

Com efeito, o pragmatismo de Posner pode parecer bastante distante das ideias de interpretação legal e do *decision making* defendidos por Tamanaha. No entanto, um exame mais atento nos leva a concluir que suas considerações não se afastam tanto assim das ideias que Tamanaha defende: para este autor, os juízes devem ser orientados para seguir estritamente a lei, a menos que os resultados sejam completamente absurdos. Posner, por sua vez, também acredita que os juízes devem seguir o texto da lei e os precedentes, podendo desconsiderá-los apenas quando as conseqüências são catastróficas ou absurdas.

O desacordo entre os dois é, na verdade, sutil: no máximo, é uma disputa sobre a importância - e os riscos - de ir além do texto legal. Para Tamanaha, é raramente necessário e uma ameaça potencial para o Estado de Direito, enquanto que para Posner também raramente é necessário, mas a única maneira prática de tomar as melhores decisões.

Em suma, para Posner, um bom juiz pragmatista tentará por numa balança as boas conseqüências da adesão à lei e as más conseqüências de não inovar diante de casos difíceis que os textos e precedentes não são capazes de resolver. Os juízes devem esforçar-se por alcançar os melhores resultados, os quais, na grande maioria dos casos, estão previstos no comando da lei e nos precedentes, a fim de proteger as expectativas da sociedade. Somente em casos extremos, quando as conseqüências são absurdas, seria justificável que um juiz desconsiderasse a escolha legislativa acerca de quais são esses melhores resultados. Na grande maioria dos casos, a vitória será das leis e dos precedentes.

1.6.2. O contraponto de Dworkin: o Direito como integridade

⁹³ Livre tradução. No original: "The present threat to the rule of law, to return to the key point, is not that it is impossible for judges to be consciously rule-bound when rendering their decisions, striving to set aside subjective preferences and abide by the legal rules. Rather the threat comes from the belief that it cannot be done or the choice not to do it". TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 244.

O pragmatismo jurídico, em suas diversas versões, é objeto de críticas de Ronald Dworkin. Examina-se neste tópico alguns de seus argumentos que constituem contrapontos ao pragmatismo de Richard Posner, os quais se concentram na falta de definição do que seriam “melhores consequências”, no desrespeito aos precedentes e à legislação, na negação dos direitos fundamentais e na ampla discricionariedade judicial.

Para melhor compreender as críticas formuladas por Dworkin, é preciso tratar brevemente de sua teoria do Direito como integridade, contraposta ao pragmatismo jurídico. A respeito de sua teoria, afirma Dworkin:

O Direito como integridade nega que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.⁹⁴

Para Dworkin, o pragmatismo visa obter as melhores decisões para o futuro da comunidade e, em razão disso, desprezaria qualquer forma de coerência com o passado, liberando o juiz das amarras do passado e do fetiche da coerência⁹⁵. O autor assinala que o pragmatismo tem seu foco voltado para o futuro e pouco interessado no passado. O pragmatista acredita que os juízes devem sempre fazer o melhor que podem para o futuro da comunidade, consideradas as circunstâncias do caso, não limitado por qualquer necessidade de assegurar coerência com o que outras autoridades fizeram.

Entretanto, o pragmatismo não esclarece quais seriam as melhores consequências para a comunidade, o que estimula o subjetivismo nas decisões judiciais. Dworkin afirma que o pragmatismo jurídico encoraja os juízes a decidirem conforme seus próprios pontos de vista, porque desta forma estariam eles servindo melhor à comunidade do que qualquer sugestão alternativa que exija coerência com precedentes ou com a lei. Ao sustentar que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser o melhor para a

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 151

comunidade, o pragmatismo não estabelece qual das diversas visões sobre o que é melhor para a comunidade é a mais adequada. O problema é que, muitas vezes, os juízes vão discordar sobre as prováveis consequências de uma lei ou sobre o que é bom para o futuro da comunidade, o que abriria espaço para o subjetivismo em detrimento da coerência.

Sob este aspecto, Dworkin conclui que, ao não estabelecer nenhuma teoria sobre o que torna a comunidade melhor, o pragmatismo não leva os direitos a sério. O movimento rejeita que os direitos atribuídos às pessoas sejam trunfos em relação à concepção do que seria o melhor para a comunidade. Para os pragmatistas, os direitos seriam apenas auxiliares do melhor futuro, ou seja, são apenas instrumentos destinados a este propósito e não possuem força independente⁹⁶. Notória, portanto, a crítica que Dworkin faz ao caráter instrumental do pragmatismo.

Em contraste com o pragmatismo, o Direito como integridade seria uma teoria de direitos não cética, pois afirma que as pessoas possuem direitos que se constituem em “trunfos contra a opinião das maiorias” e contra qualquer consideração utilitária⁹⁷. O pragmatismo, ao revés, segundo Dworkin, nega que as pessoas tenham direitos quando deles decorrer uma piora para a comunidade, ainda que previstos pela legislação ou reconhecidos em precedentes. Disto infere-se que o movimento seria uma concepção cética do Direito porque rejeita a existência de pretensões não estratégicas.

A respeito da atuação estratégica em decisões judiciais, cabe destacar uma observação feita por Dworkin. Existem situações em que os juízes devem agir “como se” as pessoas tivessem direitos, porque agindo assim será melhor para a sociedade. Em verdade, para que haja civilização, as decisões de um determinado grupo de pessoas devem ser aceitas por todos como o estabelecimento de *standards* públicos que serão aplicados pela força policial. O pragmatismo pode implicar que os juízes declarem que as pessoas têm direitos, quando um juiz pragmatista fingir que elas os tenham. Logo, “o pragmatismo pode ser menos radical na prática do que ele aparenta ser na teoria”⁹⁸.

Qual estratégia, então, um juiz pragmatista imaginativo deveria adotar ao fingir que as pessoas têm direitos? Ele teria que achar o equilíbrio: de um lado

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, p. 160.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, p. 153.

pesaria a previsibilidade exigida para proteger a legislação e os precedentes e, de outro, pesaria a flexibilidade necessária para os juízes melhorarem o Direito por meio das suas decisões. Entretanto, Dworkin ressalta que qualquer estratégia para alcançar isso seria apenas uma tentativa⁹⁹.

Em contraposição, ao sustentar a teoria do Direito como integridade, Dworkin afirma existir apenas uma decisão correta para cada caso. Caberia ao juiz Hércules – a figura idealizada que possui virtudes como paciência, sabedoria e habilidade sobre-humanas– interpretar o ordenamento jurídico como um todo para cumprir o dever de encontrar a única decisão correta aplicada ao caso, a fim de conferir integridade ao Direito¹⁰⁰. A integridade se refere à legislação, a exigir dos legisladores que mantenham coerência com o conjunto de leis, bem como se refere às decisões judiciais, a exigir daqueles que decidem o que é o Direito que apliquem e interpretem as leis de forma coerente.

Em síntese, o que sobressai nos contrapontos de Dworkin é a desvalorização de Posner em relação à previsibilidade e à segurança na atividade jurisdicional, bem como o desrespeito aos direitos fundamentais. No entanto, pode-se tentar responder a tais críticas pelos esclarecimentos trazidos pelo pragmatista.

Segundo Posner, é um equívoco dizer que o juiz pragmatista não é deferente à lei e aos precedentes e decide os casos como deseja e tomado pelo subjetivismo; ele é deferente, embora em menor grau do que os formalistas o são. De fato, as leis e os precedentes geram uma expectativa na comunidade e o valor social de proteger essa expectativa é considerado pelo pragmatista ao decidir. Quando as leis e os precedentes não fornecem solução razoável para um novo caso, o juiz deveria se afastar o mínimo possível deles ao acomodar o novo caso que decidirá¹⁰¹. É o que acontece quando peculiaridades socialmente relevantes de um novo caso não foram contempladas pela jurisprudência vigente. Em tais casos, a solução não advirá pela simples deferência aos precedentes. No entanto, isto não significa que os juízes estejam inventando novas regras para o futuro de acordo com suas próprias convicções sobre o que é melhor para a sociedade.

Realmente, Posner não define um critério para identificar as melhores consequências ou o que seja razoável. Porém, a situação não é tão obscura quanto

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, p. 154.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 292/293.

¹⁰¹ POSNER, Richard A. *Legal Pragmatism. Metaphilosophy*, p.155.

Dworkin a desenha: o que Posner prega é que a análise conjunta da lei, dos precedentes, dos efeitos para o caso e sistêmicos, da experiência do magistrado e das ciências empíricas determinará o que é melhor ou razoável.

Tanto é assim que Posner destaca que o domínio dos materiais convencionais de decisão, como o texto da lei e os precedentes, a retórica, o vocabulário e os recursos e técnicas do dia a dia dos operadores do Direito é indispensável para a atuação dos juízes e advogados. É indispensável, porém não suficiente. Para os pragmatistas, a lei seria uma ferramenta social orientada para fins sociais, de modo que é responsiva às preocupações sociais. Quanto mais dinâmica uma sociedade, mais rápido as preocupações sociais mudam, logo, resta saber em que direção ou de que modo a lei vai mudar¹⁰².

Da mesma forma, Posner diria ser equivocado o argumento de que os juízes inevitavelmente sopesariam as melhores consequências de forma diferente uns dos outros, a depender da formação e experiência de cada um e de sua ideologia e temperamento, pois, segundo o autor, o pragmatismo não permitiria que casos semelhantes sejam tratados de forma distinta. Posner assevera, contudo, que o pragmatismo não é sempre e em todo lugar a melhor abordagem para a lei. Por vezes, o formalismo será a melhor estratégia pragmática¹⁰³.

Por fim, também pode ser relativizada a crítica de Dworkin quando afirma que um pragmatista permite que sejam feitas adaptações aos direitos das partes em favor de considerações destinadas ao bom futuro da comunidade ou utilitárias. A crítica, que se destina a todas as teorias normativas consequencialistas, embora seja muito relevante, pode ser rebatida ao verificarmos que a teoria de Posner não se identifica com o consequencialismo. Para o pragmatismo jurídico, a decisão mais razoável não é necessariamente a que produz as melhores consequências. Portanto, não se pode presumir que o pragmatismo cotidiano é violador dos direitos fundamentais.

A abordagem das críticas e das respostas a elas simplifica excessivamente a discussão, que é extensa e complexa. Justamente por isso, limitamo-nos a abordar apenas os pontos essenciais para o objeto do presente trabalho.

¹⁰² POSNER, Richard A. *Legal Pragmatism. Metaphilosophy*, p. 154.

¹⁰³ POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 19.

1.7. O pragmatismo no sistema jurídico brasileiro: uma abordagem contextual

Este trabalho se inspira na matriz pragmática de Pogrebinschi e nas lições do pragmatismo cotidiano de Posner para discutir alternativas para reduzir a judicialização da saúde no país e diminuir os riscos à equidade na distribuição dos recursos escassos. Um alerta, contudo, é essencial: pragmaticamente falando, qualquer aplicação destas ideias requer uma análise de forma contextualizada.

Aliás, talvez nem Richard Posner defenderia sua aplicação integral no Brasil. Deve-se ter em mente o espaço territorial que serviu de base para o desenvolvimento das ideias do autor: alerta ele que sua teoria se aplica ao sistema legal dos Estados Unidos. Com isso, ele deixa que outros estudiosos explorem as aplicações possíveis para os demais países, já que o sistema judicial está relacionado à cultura nacional dos lugares e deve ser estudado conforme seu contexto¹⁰⁴.

Nos Estados Unidos, Posner afirma que não há outra alternativa para os juízes além do pragmatismo jurídico. O contexto atual daquele país, marcado por uma diversidade de pensamento moral e político, exigiria um Judiciário heterogêneo, capaz de manter sua legitimidade e assegurar eficiência, Judiciário este que não se contentaria com um conjunto de dogmas morais e políticos ao decidir, o que o levaria, portanto, a atuar de forma pragmática, inevitavelmente¹⁰⁵.

No contexto europeu, por outro lado, os juízes seriam mais formalistas do que os americanos. Além de, como regra, não seguirem o sistema do *common law*, os parlamentares são altamente disciplinados e profissionalizados, o que origina leis mais claras e mais detalhas do que as americanas. Ademais, diferentemente da formação do Judiciário americano, o Judiciário europeu é uma carreira, iniciada pelos juízes pouco depois da faculdade, normalmente menos acostumados a assuntos de outras áreas de conhecimento além do Direito, como os assuntos econômicos, o que contribuiria para um maior formalismo das suas decisões¹⁰⁶.

Procedendo a uma análise contextual, a aplicação do pragmatismo no sistema jurídico brasileiro somente pode ser feita respeitados os limites textuais e

¹⁰⁴ POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 94.

¹⁰⁵ POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 94.

¹⁰⁶ POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 159

materiais e as possibilidades da Constituição Federal e da legislação¹⁰⁷, conferindo-lhes superioridade sobre as demais teorias e elementos utilizados pelo juiz ao decidir.

Pois bem. A escolha do pragmatismo jurídico como marco teórico deste trabalho objetiva dar ênfase ao contexto da judicialização da saúde brasileira e às suas consequências. Recorre-se à sua utilização como teoria normativa da decisão judicial, voltada à atuação do intérprete. As disputas judiciais movidas por particulares em face dos entes federativos pleiteando a concessão de medicamentos envolvem escassez de recursos públicos, controvérsias sobre a fixação de prioridades em saúde e questões de justiça distributiva. Representam, portanto, casos difíceis que causam efeitos imediatos e sistêmicos indesejáveis e que exigem uma estratégia decisória diferenciada. É neste cenário que se valoriza a atuação do juiz pragmatista.

Note-se que não se defende uma atuação pragmatista para todos os casos judiciais. Embora existam disputas difíceis, em que os fatos e possíveis consequências assumem maior relevância, o dia a dia de um juiz demonstra que na maior parte dos casos as decisões são fáceis e rápidas. O pragmatismo abre possibilidades interpretativas para os juízes diante de casos mais complexos, como os que envolvem questões de justiça distributiva. Ensina Posner: “O bom juiz pragmatista, sabemos, não é o míope. Não é o pragmatista filosófico. Mas ele é o pragmatista constrangido”¹⁰⁸.

Assumindo esta premissa, exalta-se a atuação do juiz pragmatista que rejeita posturas fundacionalistas e não contextuais, e que se mostra sensível às consequências imediatas da decisão, assim às consequências para casos similares. A atuação pragmatista reconhece importância ao papel historicista dos precedentes, mas não se restringe a eles; interessa-se por aquilo que funciona e é útil. Para tanto, busca dados empíricos sobre os possíveis efeitos de suas decisões, dá atenção a

¹⁰⁷A maior preocupação com as consequências práticas das decisões não descuida dos sentidos possíveis da norma jurídica, como deixa claro o Ministro Barroso no voto proferido no HC 126292/SP, no qual utilizou-se expressamente de fundamentos pragmáticos: “Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁰⁸Livre tradução. No original: “The good pragmatist judge, we know, is not a shortsighted pragmatist. He is not a philosophical pragmatist. But he is a *constrained* pragmatist. POSNER, Richard A. *How judges think*, 2008, p. 253.

diversas teorias e valora todos os fatores envolvidos ao decidir o caso, a fim de alcançar resultados razoáveis.

É inspirado nestas lições que se buscam estratégias para o enfrentamento da judicialização da saúde, objeto dos capítulos seguintes.

Por fim, um esclarecimento é oportuno. O leitor deve ter notado a ausência neste Capítulo de diversas discussões filosóficas ou teóricas relativas ao pragmatismo. No entanto, não é objeto central do presente Capítulo avançar nos debates que as ideias expostas geram; pretende-se apenas aplicar uma abordagem pragmática aos litígios de saúde. Desta forma, nosso propósito é estabelecer as premissas de que o pragmatismo jurídico como teoria normativa da decisão judicial determina ao juiz que interprete a norma integrando o texto e a realidade, mostrando-se sensível tanto aos fatos, de modo a adaptar a decisão ao contexto em que foi proferida, quanto às consequências, procurando dados empíricos sobre os efeitos imediatos e sistêmicos de sua atuação. Assumindo este referencial, o pragmatismo jurídico é aqui utilizado para compreender o direito à saúde no contexto concreto em que ele está inserido, com a visão voltada a buscar soluções práticas para os problemas gerados pela judicialização.

2 DEMANDAS JUDICIAIS POR ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: IDEALISMO E REALIDADE

2.1. Delimitação conceitual de saúde

Questão preliminar, que antecede a análise do direito à saúde, se refere ao conceito de saúde enquanto um bem. O conceito de saúde é dinâmico, pois envolve múltiplas variáveis que dependem do tempo e do lugar considerado, daí porque as noções de saúde também mudam e devem ser contextualizadas.

Na antiguidade grega, Platão agregou à ideia de saúde, então restrita ao elemento físico do corpo, o campo da alma e a necessidade de equilíbrio entre a alma e o corpo¹⁰⁹. Para os antigos, saúde significava o estado de equilíbrio interno do homem e dele com a organização social e a natureza¹¹⁰.

A discussão acerca do conceito de saúde ganha maior dimensão ao final da II Guerra Mundial, em razão das atrocidades cometidas durante o conflito e da ameaça à saúde dos indivíduos. A sociedade do pós-guerra, marcada pelo espírito reconciliador, firma um novo pacto internacional, com o objetivo de evitar guerras e promover a paz, dando origem à Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945.

¹⁰⁹ Platão. *A república*, IV, 444b-c.

¹¹⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Márcio Iório Aranha (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 39.

Em seguida, a ONU passou a incentivar a criação de órgãos internacionais que teriam o escopo de prever e garantir direitos considerados essenciais ao ser humano. Foi assim que a Organização Mundial de Saúde (OMS), por meio de sua Constituição datada de 1946, previu, em seu preâmbulo, que a saúde é um princípio basilar para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança. Ainda segundo o preâmbulo da Constituição da OMS, conceitua-se saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou de enfermidade"¹¹¹. Percebe-se, portanto, a manutenção da ideia de equilíbrio interno do homem e deste com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, retomando a experiência predominante na antiguidade¹¹².

No entanto, diante da abrangência do conceito proposto pela OMS, alguns estudiosos desconfiam da possibilidade de cumpri-lo na prática, em razão da dificuldade de o indivíduo gozar de um estado completo de bem-estar físico, mental e social. Em sentido oposto, ciente da crítica, Sueli Gandolfi Dallari explica que, embora, de fato, o estado de completo bem-estar não exista, "a saúde dever ser entendida como a busca constante de tal estado, uma vez que qualquer redução na definição do objeto o deformará irremediavelmente"¹¹³.

Para concretizar a garantia de direitos considerados essenciais ao ser humano, que se desenvolveu a partir da criação da ONU em 1945, foi prevista, na mesma ocasião, a necessidade de estabelecer um documento que expressasse todos os direitos humanos. Foi para cumprir este intento que a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948. A Declaração consagra a saúde como direito humano e prevê que todos têm "direito a um padrão de vida que assegure saúde e bem-estar".¹¹⁴

¹¹¹ Livre tradução. No original: "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Nova Iorque, 22 de Julho de 1946. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹¹² DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Márcio Iório Aranha (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*, p. 44. A autora destaca os conceitos de saúde de diversos estudiosos, que divergem daquele acordado em 1946, no entanto, ela conclui que: "Esses exemplos parecem evidenciar que, embora se reconheça sua difícil operacionalização, qualquer enunciado do conceito de saúde que ignore a necessidade do equilíbrio interno do homem e desse com o ambiente, o deformará irremediavelmente".

¹¹³ DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandrino Bernardino *et al.* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008, p. 94.

¹¹⁴ No sistema legal internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tem caráter vinculante, mas somente valor moral. Contudo, é o documento mais traduzido do mundo e conta no

Apesar de não ser um diploma dotado de obrigatoriedade legal, a DUDH serviu como base para os dois tratados sobre direitos humanos da ONU, ambos com força legal e assinados em 1966, nos quais os Estados se comprometeram a respeitar os direitos declarados: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este último, ao dispor sobre saúde, reconheceu o "direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir" e estabeleceu medidas a serem adotadas pelos Estados para sua garantia, prevendo que cada Estado-Parte compromete-se a adotar as medidas "até o máximo de seus recursos disponíveis"¹¹⁵.

O relato histórico acima demonstra que os documentos internacionais de direitos humanos adotam um amplo espectro de abrangência para o conceito de saúde, que busca o estado de completo bem-estar. Um conceito de saúde tão amplo provoca uma inevitável conexão entre a proteção da saúde, individual e coletivamente considerada, e diversos outros bens, como a qualidade de vida, o ambiente físico em que está inserido o sujeito, a moradia, o trabalho, a alimentação, o saneamento etc.¹¹⁶ No mesmo sentido, a Declaração de Alma-Ata, de 1978, prevê

momento com 503 traduções disponíveis. Cf. informação na página eletrônica da instituição, disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/UDHRIndex.aspx>>. Acesso: 10 dez. 2017.

¹¹⁵ Prevê o art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental. 2. Entre as medidas que deverão adotar os Estados Partes no Pacto a fim de assegurar a plena efetividade desse direito, figuram as necessárias para: a) A redução da natimortalidade e da mortalidade infantil, e o desenvolvimento saudável das crianças; b) A melhoria em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outra natureza, e a luta contra elas; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade". Referindo-se a todos os direitos consagrados no Pacto, o art. 2º dispõe: "Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 16 dez 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso: 10 dez. 2017.

¹¹⁶ Helena Nygren-Krug destaca que o 14º Comentário-Geral do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU "interpretou o direito à saúde como um direito inclusivo", levando em conta, além da assistência à saúde propriamente dita (cuidados e acesso), "os recursos, a aceitação de práticas culturais, a qualidade dos serviços de saúde, mas também destacou os determinantes sociais de saúde correlacionando-os ao acesso à água de boa qualidade e potável, ao saneamento adequado, à educação e à informação em saúde". NYGREN-KRUG, Helena. Saúde e direitos humanos na Organização Mundial da Saúde. In: *Saúde e Direitos Humanos*, ano 1, n. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 15. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitoshumanos/pdf/sdh_2004.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

que a realização do mais alto nível possível de saúde relaciona-se às ações de diversos setores sociais e econômicos, extrapolando o setor da saúde em si¹¹⁷.

Percebe-se, assim, que as ações governamentais destinadas à prevenção, recuperação, promoção, monitoramento e informação relativas à saúde tornam-se igualmente complexas e diversificadas. Nesse sentido, o desenho e a execução das políticas públicas de saúde devem sempre considerar o contexto socioeconômico em que estão inseridos os indivíduos a que se destinam as prestações de saúde.

Diante do reconhecimento da saúde como um direito humano, ordens jurídicas de todo o mundo passaram a dar mais atenção a este bem, iniciando-se uma profusão de normas que tem o escopo de garanti-lo. Antes de tratarmos propriamente do direito à saúde, vejamos a trajetória da saúde pública no Brasil.

2.2. A trajetória da saúde pública

Falar do histórico da saúde pública no Brasil exige distinguir os modelos ou concepções de sistemas de saúde. O primeiro modelo é denominado assistencialismo e é voltado para a proteção social das classes mais necessitadas da sociedade. No final do século XVIII, com o advento do Estado liberal, a noção contemporânea de saúde pública começa a se desenhar, ainda que de forma tímida. A assistência pública englobava à época a assistência social aos necessitados e a assistência médica, e dependia de ações da comunidade; cabia ao Estado intervir apenas quando tais ações fossem insuficientes. Esta atuação subsidiária do Estado é vista como “um primeiro germe do que viria a ser o serviço público de saúde”¹¹⁸.
119 .

O segundo sistema é o previdencialismo, que se originou junto com o desenvolvimento da classe formal trabalhadora, objetivando a proteção social desta e de suas famílias, combinando seus interesses com os das empresas e, posteriormente, com os do Estado. Trata-se do modelo clássico adotado por Otto

¹¹⁷ Ver o item I da Declaração, a qual foi elaborada em razão da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma-Ata, na antiga União Soviética (URSS), no período de 06 e 12 de setembro de 1978.

¹¹⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Márcio Iório Aranha (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*, p. 41.

¹¹⁹ O modelo vigorou até 1870 como clássico de organização da proteção social, data a partir da qual tornou-se um modelo residual. MÉDICI, André. A seguridade social e a saúde. In: BRASIL, Ministério da Previdência Social. *A Previdência Social e a Revisão Constitucional*. Brasília: CEPAL, 1994, p. 219.

von Bismarck nos anos 1880, na Alemanha, que se espalhou pelos países desenvolvidos e vigorou como o principal sistema na primeira metade do século XX até a Primeira Guerra Mundial. Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, o modelo foi hegemônico até a década de 80¹²⁰.

Por fim, o terceiro modelo é chamado universalista. No cenário mundial, o modelo foi adotado por diversos países no pós-guerra. A partir de então, passam a ser iguais trabalhadores e cidadãos não integrantes do mercado de trabalho formal. Almeja-se, com isso, a proteção da saúde de toda a população e a consequente universalização das políticas públicas¹²¹.

A análise da trajetória da saúde pública no Brasil mostra que houve o desenvolvimento dos três modelos de saúde no país. No final do Século XIX e início do Século XX, a assistência médica à população de baixa renda ficava a cargo de entidades não integrantes do serviço público. O modelo assistencialista, portanto, não era prestado pelo Estado, mas sim por entidades de caridade, como a Igreja e as Santas Casas. Nos anos 20, é implementado no Brasil o modelo previdencialista, inicialmente, por meio da assistência médica prestada pelas Caixas de Aposentadorias e Pensões- CAPs¹²². Nos anos 30, criam-se os Institutos de Aposentadorias e Pensões - IAPs, que passaram a oferecer serviços de saúde de caráter curativo limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto, institucionalizando o seguro social fragmentado^{123_124}.

¹²⁰MÉDICI, André. A seguridade social e a saúde. p.220.

¹²¹MÉDICI, André. A seguridade social e a saúde. In: BRASIL, Ministério da Previdência Social. *A Previdência Social e a Revisão Constitucional*, p.221-222.

¹²² Por meio do Decreto n. 4.682, de 1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, foi criada a primeira Caixa de Aposentadorias e Pensões pelos ferroviários, com previsão dos seguintes benefícios: 1º) assistência médica, inclusive aos familiares do segurado; 2º) medicamentos a preços especiais; 3º) aposentadoria; 4º) pensão. Da década de 20 até a Constituição da República de 1988, a prestação da assistência médica pelo Estado estava ligada à previdência social. As Caixas de Aposentadorias e Pensões, que compravam serviços médicos do setor privado através do mecanismo de credenciamento médico, prestavam serviços de atenção médica individual, com benefícios em dinheiro e prestações dirigidos para uma fração restrita da classe trabalhadora. Apenas a minoria da população mantinha vínculo formal no mercado de trabalho, deixando à margem a maioria esmagadora da população que não contribuía com a previdência social. Os recursos provinham de contribuição compulsória dos empregados, empregadores e da União. BRASIL. *Decreto n. 4.682, de 1923*. Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 1923. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹²³COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R.; KARSCH, Úrsula S. *A saúde como direito e como serviço*, v. 7. São Paulo: Cortez, 1991, p. 17-18. Disponível em <http://www.cortezeditora.com/Algumas_paginas/Saude_como_direito_e_como_servico.pdf>. Acesso em 10 dez 2017.

¹²⁴Durante este período, a saúde pública prestada pelo Estado abrangia somente medidas de caráter coletivo, com enfoque preventivo, como as campanhas sanitárias de combate a endemia e epidemia, ao passo que a assistência médica curativa se destinava apenas à força de trabalho formal. A maioria

Na década de 60, durante o regime militar, todos os serviços prestados pelos IAPs são unificados em um sistema previdenciário, a cargo do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, criado por meio do Decreto-lei n. 72/66, o qual passou a responsabilizar-se pela prestação de assistência médica aos segurados da Previdência. O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, criado pela Lei n. 6.439/77, substituiu o INPS, mantendo, contudo, a finalidade de promover a assistência à saúde dos trabalhadores vinculados à Previdência Social. Até este momento, os trabalhadores do mercado formal eram assistidos pelo serviço médico do setor privado, que vendia seus serviços sob a forma de convênios ou de credenciamentos junto ao INPS ou ao INAMPS.

Nesse cenário, houve considerável expansão dos gastos pelo sistema previdenciário na área de saúde. A priorização da medicina curativa e seus crescentes custos não foram acompanhados pelo aumento proporcional da arrecadação do sistema previdenciário, culminando, no início dos anos 80, na crise da Previdência Social, com o reconhecimento de que o sistema não mais poderia arcar com o padrão de gastos planejado. Some-se a isso que o mercado formal de trabalho era pequeno em comparação com o restante da população, que acabava excluída da assistência médica prestada, o que culminou em um movimento pela universalização dos serviços de saúde. Abria-se, então, espaço para uma passagem progressiva para a atenção universal à saúde¹²⁵.

Visando a combater a noção privatista de saúde que predominava no país, iniciou-se o chamado movimento pela Reforma Sanitária, no fim do regime militar, que perdurou entre 1964-1985. Em meio ao regime ditatorial vigente, o movimento lutou por uma saúde pública universal, tornando-se um marco para a mudança de direção nos rumos das políticas sanitárias¹²⁶⁻¹²⁷.

da população, que não integrava o mercado formal e não podia ser atendida pelos IAPs, dependia da assistência médica individual ou da filantropia. COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R.; KARSCH, Úrsula S. *A saúde como direito e como serviço*, p. 19.

¹²⁵COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R.; KARSCH, Úrsula S. *A saúde como direito e como serviço*, p. 27-28.

¹²⁶ O movimento pela Reforma Sanitária instituiu a saúde como um direito propriamente dito e tinha a pretensão de democratizar as relações entre a sociedade e o sistema de saúde. Seus quatro pontos centrais eram: *i*) concepção de saúde como direito universal de cidadania; *ii*) a compreensão da determinação da saúde e doença pelas relações econômicas e sociais prevalentes; *iii*) a responsabilidade do Estado na garantia do direito e a necessidade de criar um sistema público unificado de saúde e de livre acesso a toda a população, superando a antiga dicotomia organizacional e de usuários que adivinha da existência separada dos serviços de saúde pública e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS); e *iv*) a participação e o controle direto, isto é, o controle social deste sistema unificado por representantes da população e

Em apertada síntese, a literatura aponta que o movimento pela Reforma Sanitária traduziu a luta da sociedade brasileira pelo direito fundamental à saúde, iniciado na década de 70 a partir da construção de espaços de resistência democrática contra o regime militar¹²⁸. A redemocratização do Brasil, a partir de 1986, permitiu a consolidação do movimento sanitarista na nova ordem constitucional: o Art. 196 previu que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, e a disciplina do Sistema Único de Saúde (SUS) foi diretamente influenciada pelas concepções produzidas durante o movimento¹²⁹. Buscava-se, desde antes da promulgação da Constituição, separar totalmente a saúde da previdência, por meio de uma reforma legislativa, e criar um sistema único de saúde, a ser coordenado por um Ministério específico para este fim.

As novas bases da saúde lançadas na Constituição de 1988 foram um momento determinante para o desenvolvimento da saúde pública brasileira. A instituição do SUS, na década de 1990, pode ser vista como uma das maiores políticas públicas do Brasil, tendo como princípios a universalidade e a igualdade. O novo sistema permitiu a expansão da atenção médica para as camadas populares até então excluídas, ao mesmo tempo em que lhes conferiu participação institucionalizada¹³⁰, como será visto nos tópicos seguintes.

das entidades civis da sociedade". PIOLA, Sérgio Francisco *et al.* Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: *Políticas sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*, v. 1, n. 17, 2009, p. 107.

¹²⁷No Brasil, o movimento foi assumido, em seu princípio, por intelectuais como Sérgio Arouca, obtendo a adesão posterior de trabalhadores e partidos políticos, com seu fortalecimento a partir do final da década de 70.

¹²⁸ Para conferir a importância do papel de Sergio Arouca na Reforma Sanitária Brasileira, recomenda-se: AROUCA, Sérgio. *O dilema preventivista: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva*. São Paulo: Editora UNESP; Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003. Em 1974, Sérgio Arouca elaborou sua tese de doutoramento, denominada "O Dilema Preventivista" e defendeu a saúde coletiva e pública no contexto da luta pela democratização da Medicina.

¹²⁹ O Movimento Sanitarista obteve uma marcante vitória com a realização da VIII Conferência Nacional da Saúde (antes da promulgação da CRFB de 1988), durante a qual foi debatida a importância da criação de um sistema único de saúde e a constitucionalização do direito à saúde. Cf. ESCOREL, Sarah. *Reviravolta na Saúde: Origem e Articulação do Movimento Sanitário*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

¹³⁰ Conforme a previsão do Art.198 da CRFB/88, "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único", que segue as diretrizes da "descentralização", do "atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas", e da "participação da comunidade". BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 dez 2017. Sobre o tema, cf.: GRYNBERG, Ciro de Almeida. *Democracia Sanitária: o papel da participação na construção do conceito jurídico de saúde*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Profa. Dra. Ana Paula de Barcellos. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

2.3. A saúde na Constituição Federal

2.3.1. O direito fundamental à saúde

O legislador constituinte de 1988 desvinculou da previdência a saúde, a qual passou, junto com a assistência social, a integrar a seguridade social, conforme previsão do Art. 194 do texto constitucional.¹³¹ Em oposição ao sistema anterior, o constituinte estabeleceu o acesso universal e igualitário no 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, proteção e recuperação.¹³²

Na ordem constitucional vigente, a prestação dos serviços de saúde à população brasileira é feita pelo Poder Público ou por particulares. No primeiro caso, as ações e serviços públicos de saúde integram o SUS, que disponibiliza seus serviços a todos os brasileiros, na forma dos Arts. 196 a 198 da CRFB. O acesso de todo e qualquer indivíduo aos serviços de saúde é obrigatório e gratuito, impondo-se ao Estado o dever de promover as políticas públicas necessárias para que todos possam atingir o esperado estado de completo bem-estar físico, mental e social. No segundo caso, os serviços de saúde dependem da iniciativa privada, que funciona de forma suplementar ao SUS, conforme prevê o Art. 199, da CRFB, mediante contraprestação pecuniária.

Os conceitos de saúde enquanto bem e os modelos de atenção sanitária examinados auxiliam na compreensão do direito constitucional à saúde e de seu regime jurídico.

Um dos marcos da Constituição de 1988, inovando em relação às anteriores, foi a consagração do direito fundamental à saúde dentre os direitos sociais, aproximando-se do constitucionalismo de cunho democrático-social vigente a partir

¹³¹ CRFB/88, Art. 194, “A seguridade social 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”.

¹³² CRFB/88, Art. 196.

do fim da II Guerra Mundial¹³³. No cenário internacional, o fracasso do modelo constitucional liberal levou ao advento do Estado Social (*welfarestate*)¹³⁴, identificado com as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Foi neste contexto que foram incorporados pelo direito positivo os chamados direitos sociais, que demandam a promoção de políticas públicas pelo Estado para a sua concretização, por meio de ações que visem ao bem-estar social¹³⁵.

A tutela constitucional da saúde efetiva-se por meio de um direito fundamental, e, ao mesmo tempo, por meio de um dever fundamental conexo a ele, nos termos do Art. 196 da CRFB. Enquanto direito fundamental, o direito à saúde pode ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações¹³⁶.

Na perspectiva de direito de defesa, pretende-se proteger a saúde contra ingerências indevidas, seja do Estado, seja de particulares. Sob a condição de direito a prestações, cuida-se de um direito positivo que impõe deveres de proteção da saúde individual e coletiva. É enquanto direito positivo que o direito à saúde fundamenta as mais diversas pretensões dos indivíduos ao fornecimento de prestações materiais, como medicamentos e tratamentos. Nesse contexto, ao direito fundamental correlaciona-se o dever relativo à saúde, exigido, como regra, em face do Poder Público, porém oponível também à particulares, em razão da sua eficácia horizontal¹³⁷.

É na qualidade de direito a prestações que o direito a saúde suscita debates mais intensos, sobretudo relacionados aos limites da sua exigibilidade, em sede administrativa ou judicial. Duas observações são importantes nesse ponto. Primeiro, em razão da complexidade da própria identificação do que constitui o conteúdo do direito à saúde, e, conseqüentemente, do que pode ou não ser exigido do Estado,

¹³³ 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*, n. 67, p. 125-172, 2008, p.126.

¹³⁴ Define-se o Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), Estado Social, ou Estado de Providência como um modelo de Estado que tem por objetivo garantir condições mínimas de alimentação, saúde, habitação e educação, que devem ser assegurados a todos os cidadãos como direito político inerente ao ser-cidadão, e não como bem-estar estatal. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, e Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. 2. Brasília: UnB, 2004, p. 416.

¹³⁵ MURRAY, Thomas. Socio-Economic Rights Versus Social Revolution? Constitution Making in Germany, Mexico and Ireland, 1917–1923. *Social & Legal Studies*, v. 24, n. 4, 2015, p. 492-494.

¹³⁶ 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*, p.132-133.

¹³⁷ Discorrendo sobre a eficácia do direito à saúde nas relações entre particulares, cf. o livro oriundo da dissertação de mestrado: MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

decorre a dificuldade na sua efetivação, culminando na crescente busca dos indivíduos pela tutela jurisdicional. A textura aberta e o caráter programático dos Arts. 6º e 196 da CRFB geram conflitos quanto à definição concreta do objeto do direito à saúde e do dever correspectivo¹³⁸. Voltaremos ao tema no capítulo III, quando tratarmos dos critérios materiais para fixar prioridades e definir o conteúdo do direito à saúde.

Segundo, a concessão de prestações de saúde lida, inevitavelmente, com a questão dos custos e da alocação dos recursos, que será também abordada mais à frente, ao tratarmos da chamada “judicialização da saúde”. Discorrendo sobre as possibilidades de realização do direito à saúde, conclui Guilherme Cintra:

A saúde trabalha com a ideia do contínuo aumento do bem-estar físico, mental e social dos indivíduos. Esse objetivo constitui uma espécie de ideal regulador, utilizado para nortear o complexo de ações, decisões e procedimentos adotados na área da saúde. Trata-se de um objetivo que possui um sentido ou valor próprio específico para as questões sanitárias, mas que é constantemente submetido a outros condicionantes de natureza política, jurídica e econômica. O aumento do “bem-estar físico, mental e social” das pessoas também depende inevitavelmente da formulação e implementação de políticas públicas, da garantia e defesa de direitos e da administração e aplicação de recursos financeiros em um contexto de escassez.¹³⁹

A interpretação do direito constitucional à saúde exige, portanto, “um equilíbrio entre o objetivo ideal expresso no conceito de saúde como completo estado de bem-estar físico, mental e social e as possibilidades de sua realização, em termos igualitários, em face das condicionantes econômicas, sociais e políticas”¹⁴⁰. Esta interpretação, aliás, é corroborada pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual, como vimos, prevê que cada

¹³⁸ 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, p.143-144.

¹³⁹ CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandrino Bernardino *et al.* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008, p. 440.

¹⁴⁰ GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

Estado-Parte compromete-se a adotar medidas “até o máximo de seus recursos disponíveis” para a proteção dos direitos sociais¹⁴¹.

2.3.2. O Sistema Único de Saúde e a assistência farmacêutica

O Sistema Único de Saúde foi desenhado para viabilizar que as ações e os serviços públicos de saúde integrem uma rede com regime jurídico específico, regido pelos princípios da universalidade, igualdade, regionalização, hierarquização, descentralização, integralidade e participação da comunidade, nos termos dos Arts. 196 e 198 da CRFB. Dentre estes princípios, trataremos mais detidamente do princípio da integralidade, diante de sua relevância para o objeto de estudo, já que muitas vezes tal princípio é interpretado como uma diretriz para a assistência absoluta e irrestrita à saúde¹⁴². Como será visto, a interpretação mais adequada deste princípio não conduz à conclusão tão abrangente.

Inicialmente, importa verificar as competências para dispor sobre direito à saúde e qual a legislação vigente. Em seguida, aborda-se a assistência farmacêutica.

A disciplina jurídica do direito da saúde, além das disposições constitucionais, é feita por leis e diversas espécies de atos normativos que regem a saúde pública e privada¹⁴³. Em se tratando das competências legislativas de cada ente federativo, a

¹⁴¹Ver item 2.1 deste Capítulo.

¹⁴² Para exemplificar, confira-se, entre tantos outros, o AgRg nos EDcl no REsp 944105/RJ, Min, Rel. Luiz Fux, DJe 11/09/2008: “O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna”. Em sentido oposto, dispondo sobre a necessidade de balizar o princípio da integralidade, afirma Lenir Santos que “(...) é necessário adotar alguns parâmetros, todos previstos em lei, para adequadamente conceituar a integralidade da assistência - fundamento da assistência curativa e preventiva individualizada - preceito que, em adequados contornos, irá facilitar e prevenir o tortuoso dilema que se coloca na saúde quando se impõem duras escolhas entre o que garantir e o que mitigar no direito à saúde. A integralidade precisa ser balizada por princípios, diretrizes e normas constitucionais e legais para, desde logo, impedir o argumento de que tudo, irrestritamente, cabe no direito à saúde”. SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos do princípio da integralidade*. Disponível em: <http://www.idisa.org.br/site/documento_3579_0_sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁴³ Além da legislação que será mencionada neste tópico, a disciplina jurídica do direito à saúde é feita por: Lei Complementar nº 141/2012, que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes federativos em serviços públicos de saúde e sobre os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde; Decreto nº 7.508/11, que regulamenta a Lei nº 8.080/90 para dispor sobre a organização do SUS, o

Constituição atribuiu competência concorrente à União, aos Estados e aos Municípios para legislar sobre proteção e defesa da saúde (Art. 24, XII, e 30, II, CF). A União editou a norma geral chamada Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90¹⁴⁴), que trata da organização e do funcionamento das ações e serviços de saúde, a qual não esgota a disciplina da matéria, já que os Estados têm competência para legislar, de forma suplementar. Da mesma forma, os Municípios, como entes mais próximos das necessidades locais e dos cidadãos, podem suplementar a legislação federal e estadual.

Noutro giro, as competências administrativas são atribuídas de forma comum à União, aos Estados e aos Municípios (Art. 23, II, CRFB), podendo todos os entes federativos formular e executar políticas públicas de saúde, na forma da legislação, cabendo a eles coordenarem suas ações. Destaque-se que a nova ordem jurídica após a CRFB/88 reconheceu a importância do ente municipal para a concretização do direito à saúde. É o que se percebe da descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde disciplinada na Lei n. 8.080/90, a exemplo dos Arts. 17, inc. I e III e 18, inc. I e II.

Para disciplinar a participação da comunidade na gestão do SUS, diretriz dos serviços públicos de saúde prevista no Art. 198, inc. III da CRFB, foi editada a Lei n. 8.142/90. Cuida-se da valorização da democracia e do reconhecimento da relevância da população para a gestão pública.

Guiados pelas diretrizes constitucionais, os entes federativos criam redes de atenção à saúde destinadas ao planejamento e à execução das políticas públicas com o fim de assegurar a assistência integral a todos, de forma universal e, ao mesmo tempo, igualitária. Exatamente para garantir a integralidade é que os programas públicos preveem serviços de saúde para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema, na forma do Art. 7º, II, da Lei 8.080/90, divididos conforme as redes de atenção¹⁴⁵. Seguindo esta sistemática, o direito à saúde

planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa; e de várias normas administrativas, como as Portarias do Ministério da Saúde. Some-se a estas normas as leis que instituíram as agências reguladoras ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782/9) e ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961/00). BRASIL. *Legislação Federal*. Disponível: <www.planalto.gov.br>. Acesso: 11 dez 2017.

¹⁴⁴A Lei 8.080/90 foi alterada recentemente pela Lei nº 12.401/11, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no SUS, tratada no Capítulo III. BRASIL, *Lei nº 12.401/11*. Brasília, 22 abr. 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁴⁵ As Redes de Atenção à saúde são definidas nos termos constante no anexo da Portaria GM nº 4.279/2010, que as instituiu no SUS, como: “arranjos organizativos de ações e serviços de saúde, de diferentes densidades tecnológicas, que integradas por meio de sistemas de apoio técnico, logístico e

concretiza-se por meio de atividades de promoção, prevenção e recuperação da saúde de cunho preventivo e curativo em todos os níveis de densidade tecnológica e de complexidade.

Nesse contexto, a integralidade nas ações e serviços de saúde é “regulada ou sistemática”, e deve ser entendida dentro do sistema em que ela está inserida. Para que seja possível garantir a prestação de ações e serviços públicos de saúde a todos, em observância à universalidade e à igualdade, a integralidade é limitada pelos programas públicos previstos no SUS, já que os recursos orçamentários são finitos e os custos com as tecnologias em saúde crescentes¹⁴⁶. Portanto, não há fundamento que sustente a noção de que a integralidade é ilimitada e que a não prestação de determinado serviço de saúde pelo SUS significa a violação ao direito à saúde.

Razões históricas corroboram a interpretação feita acima quanto ao princípio da integralidade. Como visto, a VIII Conferência Nacional da Saúde realizada em 1986, durante a qual foi debatida a importância da criação de um sistema único de saúde e de realizar-se uma Reforma Sanitária, enfatizou que o referido princípio se destina a superar “a dicotomia preventivo-curativo” e integrar os serviços públicos de saúde. O princípio da integralidade, como se percebe, não nasceu com a finalidade de assegurar um direito à saúde absoluto, ilimitado e sem a observância da legislação que disciplina o SUS; ao revés, seu objetivo foi a integração das ações de saúde de cunho preventivo e curativo, que até então eram prestados de forma separada, a fim de garantir o atendimento ao usuário em todos os níveis de densidade tecnológica e complexidade¹⁴⁷.

de gestão, buscam garantir a integralidade do cuidado”. As redes variam do nível de menor densidade (Atenção Primária à Saúde- APS, que são a porta de entrada do usuário no sistema e responsável pelo atendimento da maior parte dos casos), ao de densidade tecnológica intermediária (atenção secundária à saúde), até o de maior densidade tecnológica (atenção terciária à saúde). São fundamentais para o uso racional de recursos e economia de escala.” *Curso de autoaprendizado Redes de Atenção à Saúde no Sistema Único de Saúde*. Ministério da Saúde, Organização Panamericana da Saúde (OPAS), Observatório de Políticas de Segurança Alimentar e Nutrição (OPSAN) e Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2012. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2921879/mod_resource/content/1/Apostila%20MS%20-%20RAS_curso%20completo-M%C3%B3dulo%20-APS%20nas%20RAS%20-%20Pg%2031-45.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁴⁶MAPELLI JR., Reynaldo. *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*. Tese de Doutorado (Faculdade de Medicina). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011, p.119. É do autor a alusão à integralidade como “regulada ou sistemática” e “limitada”.

¹⁴⁷ Ver Tema 2, “Reformulação do Sistema Nacional de Saúde”, do Relatório Final da VIII Conferência Nacional da Saúde de 1986, p. 10. Disponível em:<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso:10 dez. 2017.

É neste sentido que integralidade, a universalidade e a igualdade andam juntas. Para que se assegure a observância de todas elas, as ações e serviços de saúde devem ser disponibilizados nos termos das normas constitucionais e da legislação sanitária, a fim de se evitar o comprometimento da organização do SUS e o prejuízo para o desempenho dos programas para a coletividade. “Não existe, assim, direito à saúde fora do modelo constitucional do SUS”¹⁴⁸.

Por fim, resta saber, em linhas gerais, como ocorre a distribuição de medicamentos no SUS.

A Política Nacional de Medicamentos, instituída pela Portaria GM/MS nº 3.916/1998, prevê a utilização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais(Rename), atualizada periodicamente, como instrumento para disponibilização de fármacos no âmbito do SUS.

A assistência farmacêutica se subdivide em três grandes eixos, elaborados e executados de forma repartida entre os entes federativos, abrangendo a assistência básica ou primária em saúde, que cuida dos medicamentos essenciais; os programas estratégicos de saúde, que controlam doenças específicas; e o programa de medicamentos especializados, de alto custo ou excepcionais. Desta forma, a oferta de medicamentos é organizada em três componentes, Básico¹⁴⁹, Especializado¹⁵⁰ e Estratégico¹⁵¹, todos regulados por Portarias do Ministério da

¹⁴⁸ Em sua tese de doutorado, Reynaldo Mapelli Júnior ressalta a importância de compreender o regime jurídico do SUS: “Falar em direito à saúde pública a ser garantido pelo SUS, no contexto da importância que se pretende dar à Constituição Federal, é compreender que ela própria instituiu um modelo jurídico regulado (princípios, diretrizes e normas específicas) que, depois, foi integrado por normas infraconstitucionais para institucionalizar mais ainda o que ela mesma determinou. Não existe, assim, direito à saúde fora do modelo constitucional do SUS.” *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*, p. 98.

¹⁴⁹ O Componente Básico da Assistência Farmacêutica é voltado aos principais agravos e programas de saúde da Atenção Básica e seu financiamento é responsabilidade dos três entes federados, sendo o repasse financeiro regulamentado pela Portaria GM/MS nº 1.555/2013. BRASIL. *Portaria GM/MS nº 1.555, de 30 de julho de 2013*. Disponível em: <www.saude.gov.br>. Acesso em: 12 dez 2017.

¹⁵⁰ O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica destina-se, principalmente, a agravos crônicos, com custos de tratamento mais elevados ou de maior complexidade, em que o acesso aos medicamentos ocorre de acordo com critérios definidos em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Em grande parte são financiados pelo Ministério da Saúde, mas há medicamentos que são financiados pelos Estados ou Distrito Federal. BRASIL. *Portaria GM/MS nº 1.554, de 30 de julho de 2013*. Disponível em: <www.saude.gov.br>. Acesso em: 12 dez 2017.

¹⁵¹ O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica destina-se ao controle de doenças e agravos específicos com potencial impacto endêmico, muitas vezes relacionadas a situações de vulnerabilidade social e pobreza. O Ministério da Saúde adquire e distribui esses itens aos estados e ao Distrito Federal, cabendo a esses o recebimento, o armazenamento e a distribuição aos municípios. Cf. BRASIL. *RENAME 2017-Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. Brasília : Ministério da Saúde, 2017, p.32. Disponível em: <

Saúde, os quais compõem o Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica e integram a RENAME.

As regulamentação infralegal de tais componentes demonstra que há uma repartição de competências entre os entes para a dispensação de medicamentos, de acordo com a diretriz constitucional do SUS de descentralização com direção única em cada esfera de governo. Desta forma, permite-se que a União, os Estados e os Municípios possuam políticas próprias de fornecimento de medicamentos previamente definidas pelo Ministério da Saúde.

A assistência farmacêutica sujeita-se a regras específicas para seu funcionamento, atualização das listas, elaboração dos protocolos clínicos e articulação com entidades responsáveis pela fiscalização e registro, bem como orienta-se por critérios de eficácia, eficiência, segurança e custo-efetividade¹⁵².

Em se tratando de fármacos de alto custo e doenças de tratamentos especializados, a organização da assistência farmacêutica do SUS é feita por meio dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT). A incorporação ou não do fármaco ou do tratamento no PCDT é resultado da deliberação de caráter técnico dos entes federativos integrantes do SUS, e é sujeita a debate público, como será visto no Capítulo III. A observância aos protocolos e diretrizes da assistência farmacêutica garante a universalidade e a igualdade aos pacientes do SUS, já que os portadores da mesma patologia receberão o mesmo tratamento.

2.4. O direito à saúde nos Tribunais

De início, uma diferenciação em relação às demandas que buscam a efetivação judicial do direito à saúde é elementar. Em relação às ações judiciais em que se pleiteia a dispensação de medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, a questão parece não suscitar muitas controvérsias: se já houve uma opção formulada pelos entes federativos que originou uma política pública, o controle judicial terá por fundamento o cumprimento da política pública

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹⁵²BRASIL. *RENAME 2017- Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*, p.11-12.

prevista na lei ou na Constituição¹⁵³. Não é este ponto que nos interessa no presente trabalho.

As maiores controvérsias surgem quando as ações individuais veiculam pedido de medicamentos não constantes das listas elaboradas pelo Poder Público ou para uso fora dos protocolos clínicos. Nestes casos, embora a doutrina recomende que, “havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”¹⁵⁴, a jurisprudência dominante, como veremos, tem deferido amplamente a concessão de tais medicamentos pela via individual. Delimitado o enfoque deste trabalho, vamos ao objeto do presente tópico.

O reconhecimento de força normativa¹⁵⁵ às disposições constitucionais desenvolveu-se inicialmente no mundo romano-germânico. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, conquistou espaço sobretudo em razão do movimento conhecido como “doutrina brasileira da efetividade”¹⁵⁶. Em síntese, “a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”¹⁵⁷. A partir daí, a previsão de direitos subjetivos pela Lei Fundamental, sejam políticos, individuais, sociais ou difusos, é suficiente para torná-los exigíveis do Poder Público ou do particular, inclusive por meio da atuação do Poder Judiciário¹⁵⁸.

¹⁵³ Por todos, cite-se Luís Roberto Barroso, o qual fixa um parâmetro para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos, no seguinte sentido: “Parâmetro: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos.” BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009, p. 47.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 43. Conclui o professor: “Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”.

¹⁵⁵ HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983.

¹⁵⁶ Sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. 2013, p.5. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, p.6.

A Constituição de 1988 consolidou uma teoria de direitos fundamentais centrada na dignidade da pessoa humana, a qual deve ser compreendida com atenção à realidade em que será aplicada. É a conclusão de Ana Paula de Barcellos:

Não há direito sem realidade. É ela que o direito pretende transformar e é dela que extrai as novas necessidades e demandas a serem reguladas; é a realidade que confronta o intérprete com os problemas mais intrincados e o impulsiona ao trabalho; é da realidade que o direito não pode se afastar além de um determinado limite, sob pena de perder o contato e caminhar sozinho e sem sentido, incapaz de aproximá-la da lei. O direito, portanto, e trata-se de um truísmo, é instrumento, é meio, e não fim em si mesmo.¹⁵⁹

É sob este conjunto de ideias que se insere a concretização dos direitos sociais. Muito se debate sobre a sindicabilidade destes direitos, neles incluído o direito à saúde¹⁶⁰. De fato, a intervenção judicial no direito à saúde, a chamada judicialização da saúde, enfrenta diversas críticas¹⁶¹.

No entanto, o exame dos litígios de saúde feito nos tópicos seguintes demonstra que a atuação judicial na concretização do direito à saúde no Brasil é uma realidade inegável, decorrência da normatividade e efetividade das disposições constitucionais. Por esta razão, nosso objetivo não é dar foco às críticas à atuação judicial da matéria. De todo modo, as críticas relacionadas à legitimidade, à capacidade institucional e à limitação orçamentária são importantes para a compreensão do debate relativo à judicialização do direito à saúde, e, por isso, abordaremos seus aspectos essenciais para nosso objeto de estudo, sem a necessidade de dar respostas a elas.

¹⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 5.

¹⁶⁰ Para uma análise das diversas concepções de direitos sociais, como normas programáticas ou como fontes de deveres subjetivos para o Estado, por exemplo, bem como sobre a possibilidade de serem exigidos judicialmente, ver: PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones: Derechos Sociales*, n. 4, p. 99-144, 2004. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/discusiones--0/html/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁶¹ Para um levantamento objetivo das diversas críticas, ver: BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 44-46; e BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A discussão sobre a legitimidade democrática das Cortes refere-se à impropriedade de se confiar a membros do Poder Judiciário não eleitos a definição das questões políticas centrais para os direitos fundamentais¹⁶². Sendo o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, um direito que exige alocação de recursos para sua implementação, sustenta-se que somente o Legislativo ou Executivo, enquanto representantes do povo, seriam democraticamente legitimados para decidir sobre a afetação destes recursos¹⁶³.

Diante da crise de representatividade e da constatação de déficits democráticos importantes também nos outros Poderes, o debate sobre a legitimidade perde um pouco espaço para a discussão acerca da capacidade. Mais do que saber se os órgãos judiciais são legítimos para decidir determinado caso, assume relevância saber o que eles são competentes para fazer¹⁶⁴.

Cass Sunstein e Adrian Vermeule tratam de dois conceitos muito explorados na doutrina brasileira e internacional, identificados como capacidade institucional e efeitos sistêmicos¹⁶⁵. A proposta institucional dos autores visa a demonstrar que os teóricos contemporâneos idealizam a figura do juiz e suas capacidades e tendem, por conseguinte, a reduzir as capacidades dos legisladores e outros órgãos também encarregados da interpretação, como os órgãos técnicos e as agências executivas, o que demonstraria uma insensibilidade às considerações institucionais¹⁶⁶.

Dando ao conceito uma aplicação prática, a capacidade institucional refere-se ao órgão que está mais habilitado a tomar a melhor decisão no caso concreto. Por exemplo, o juiz pode não ser o mais qualificado para decidir temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade que exigem conhecimento específico¹⁶⁷, já que atua sob condições de tempo, informação e expertise limitados.

¹⁶² Sobre o tema: ESKRIDGE JR, William N. Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics. *The Yale Law Journal*, v. 114, p. 1279-1328, 2005.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito

à saúde na Constituição de 1988. *Rev. Elet. Sobre a Reforma do Estado*, n.11, 2007, Bahia, p. 12.

¹⁶⁴ HOROWITZ, Donald L. *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution, 1977, p.17-18. Na obra, o autor aborda a capacidade institucional dos Tribunais para o julgamento de litígios sobre políticas públicas em geral.

¹⁶⁵ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Working Papers in Law and Economics*, nº. 156, p. 1-57, 2002, p. 2.

¹⁶⁶ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Working Papers in Law and Economics*, p. 2-3.

¹⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008, p. 15. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf>. Acesso em: 11 dez 2017.

É diante deste cenário que é defensável a tomada de decisões judiciais que admitam resultados sub-ideais, considerando os efeitos sistêmicos que resultariam da busca de um estado de coisas ideal, o qual somente seria alcançado com um nível ótimo tanto de informações quanto de aptidão de avaliá-las¹⁶⁸.

Pretende-se evitar, desta forma, a ocorrência dos chamados efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, como os que ocorrem quando há impactos de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Por isso, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, por vezes, indicaria uma postura de deferência por parte do Judiciário.

Por fim, a crítica financeira, representada pelo princípio da “reserva do possível”¹⁶⁹. Como direito prestacional que é¹⁷⁰, o direito à saúde possui custos¹⁷¹,

¹⁶⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Working Papers in Law and Economics*, p.23-24. Diego Arguelhes e Fernando Leal, referindo-se à segunda melhor solução interpretativa tratada na obra acima, trazem uma didática explicação: “Sunstein e Vermeule oferecem uma resposta distinta à assimetria de informações e demais condições epistêmicas que afetam as relações entre diferentes juízes reais e entre juízes reais e ideais. Fazendo uma analogia com o pensamento econômico, os autores observam que, se em certas condições, não é possível atingir o estado de coisas mais eficiente, a máxima eficiência possível não será necessariamente atingida se tivermos o estado inatingível como um ‘ideal regulatório’ e nos pautarmos por ele. O resultado pode ser inferior ao da adoção de uma outra estratégia que, embora em condições ideais não fosse promover a eficiência de forma tão intensa, em condições reais funciona melhor do que a estratégia ‘ideal’ (‘first best’). O resultado pode ser inferior ao da adoção de uma outra estratégia que, embora em condições ideais não fosse promover a eficiência de forma tão intensa, em condições reais funciona melhor do que a estratégia ‘ideal’ (‘first best’). ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O Argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, p. 6-50, 2011, p. 28-29. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁶⁹ Por todos, veja-se a clássica definição de Ricardo Lobo Torres sobre a reserva do possível: “A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: [...] d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: ‘não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.’; e) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental.” TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro, 2004, p. 455-456.

¹⁷⁰ Ver item 2.3.1, sobre o conceito de saúde na Constituição.

¹⁷¹ Ver a obra seminal sobre os custos dos direitos: SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 1999. Em apertada síntese, as ideias centrais do texto são no sentido de que “rights cost money” (os direitos custam dinheiro) e “all rights make claims upon the public treasure” (todos os direitos custam dinheiro; todos os direitos exigem gastos públicos). Sobre os efeitos de se admitir que o cumprimento dos direitos requerem custos, dispõem os autores: “Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. To

dependendo de recursos financeiros para sua implementação, nem sempre existentes. A escassez de recursos impede que se concretizem os direitos de forma absoluta, o que implica que o administrador público faça escolhas trágicas¹⁷². “Assim, quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em choque, é inevitável uma opção, trágica no sentido de que algum não será atendido (ao menos em alguma medida)”¹⁷³.

A jurisprudência da Suprema Corte¹⁷⁴ já reconheceu que a efetividade do direito à saúde, assim como de outros direitos sociais, deve levar em conta a capacidade financeira e orçamentária do Estado, via o princípio da reserva do possível, transplantado do debate constitucional alemão. Entendeu a jurisprudência, ainda, que o ônus da prova desta defesa incumbe ao Poder Público e que não pode ser aplicada quando puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, situado no âmbito da dignidade da pessoa humana e composto por prestações indispensáveis para a vida digna¹⁷⁵, bem como quando sua invocação for

ascertain that a right costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture” (p.24).

¹⁷²CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices - The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton, 1978.

¹⁷³GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 159.

¹⁷⁴ O julgamento da ADPF-MC nº 45, de 04-05-2004, constitui importante precedente em que se tratou dos direitos econômicos, sociais e culturais, do princípio da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial. Destacamos o seguinte trecho do voto do Min. Rel. Celso de Mello: “É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez .2017.

¹⁷⁵ Tratando do conceito do mínimo existencial, confira-se: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36: “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”. Por sua vez, Ana Paula de Barcellos inclui no mínimo existencial a saúde básica, definida como um “conjunto comum e básico de prestações de saúde”, o qual seria “corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigí-lo caso não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público”. A autora propõe que o mínimo existencial em matéria de saúde deve incluir prioritariamente as prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam, tais como o atendimento no parto e da criança no pós-natal, saneamento básico e atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiologia e ginecologia, e o acompanhamento e controle de doenças típicas, como hipertensão e diabetes. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde:

usada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público.

Não obstante, ainda que se façam considerações sobre a reserva do possível em algumas decisões, sua invocação pelo Poder Público não tem sido acolhida judicialmente. Prevalece no STF o entendimento de que não pode o ente federativo utilizar como argumento a reserva do possível a fim de justificar a frustração de direitos voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, como o direito à saúde¹⁷⁶. Diante destas considerações, nota-se que a efetivação judicial do direito social é matéria das mais debatidas.

Partimos, a partir de agora, para uma conexão dos ensinamentos do pragmatismo jurídico com a jurisprudência em matéria de saúde. Para tanto, importa analisar o contexto em que está inserida a judicialização da saúde e suas principais consequências, a fim de se concluir se o Poder Judiciário está atento a tais elementos. Com base em dados empíricos, como sugere o pragmatismo, examinaremos: (i) os impactos financeiros e para a organização do SUS; (ii) os medicamentos concedidos em juízo; (iii) os indivíduos beneficiados; e (iv) os advogados e médicos que cuidam das causas e dos pacientes.

2.5. O cenário das demandas por assistência farmacêutica

2.5.1. As consequências da intervenção judicial

Para verificar se a judicialização produz uma maior proteção do direito à saúde de forma universal e igualitária, é indispensável estudá-la em conjunto com os efeitos por ela produzidos. É por isso que Octávio Luiz Motta Ferraz defende que a legitimidade da discussão em juízo dos direitos sociais está relacionada às suas consequências para a proteção destes direitos. Assim, estaria afastada a legitimidade se a judicialização produzisse uma situação pior em relação à proteção dos direitos sociais do que aquela em que eles se encontravam antes das crescentes discussões em juízo¹⁷⁷.

complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n.1, jul/dez. 2008, p. 141-142.

¹⁷⁶ Cf. AI 674.764-AgR/PI, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 727864 AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁷⁷ Para os fins deste trabalho, partimos da premissa de que é legítima a judicialização do direito à saúde, com fundamento na constitucionalização dos direitos sociais. Interessa-nos discutir apenas de

Tal ponto de vista é um exemplo de como as consequências da judicialização têm ganhado espaço na discussão da concretização dos direitos sociais, e não é difícil perceber o porquê. Uma rápida análise dos dados dos litígios em saúde pública permite mensurar os efeitos atuais.

O Relatório Justiça em Números, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), indicou que em 2015 havia em tramitação em todos os tribunais brasileiros 102 milhões de processos sobre diversas matérias¹⁷⁸. No mesmo ano, a população do país era de aproximadamente 204 milhões¹⁷⁹. Estes dados demonstram como é significativa a judicialização no país. Na área específica de saúde, os resultados são igualmente alarmantes.

O CNJ, por meio do Fórum Nacional de Saúde, realizou um estudo sobre a quantidade de demandas em trâmite nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais das cinco regiões em dois momentos. Em 2011, o estudo constatou que tramitavam no Judiciário 240.980 processos judiciais na área de saúde. Em 2014, o total havia subido para 392.921¹⁸⁰.

Diante desse cenário, é preciso saber qual valor gasto para o cumprimento das decisões judiciais e quem paga essa conta. Um estudo feito pela Advocacia-Geral da União (AGU) demonstrou que nas ações judiciais em que a União figurou no polo passivo, o valor gasto pelo Ministério da Saúde com aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos nas decisões correspondia a

que modo intervir. Fizemos o destaque ao entendimento de Octávio Luiz Motta Ferraz apenas para demonstrar como a doutrina tem dado crescente importância às consequências da judicialização, a ponto de vinculá-las, como faz o autor, à própria legitimidade da intervenção judicial. Cf. FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil*. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1642-1668, 2011, p.1650.

¹⁷⁸ *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/3999e367fff7bf4974dd6e25dfc4f510.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁷⁹ Dados extraídos da página eletrônica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁸⁰ No total referente a 2011 não constam os números dos processos em trâmite nos tribunais de Justiça da Paraíba, Pernambuco e Amazonas. O somatório dos processos, tanto em 2011 quanto em 2014, é referente à saúde pública e privada, pois abrange ações com pedido de medicamentos e procedimentos médicos pelo SUS e vagas em hospitais públicos, bem como ações diversas movidas por usuários de seguros e planos privados. *Quantidade de demanda nos Tribunais*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. E ainda: *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde*. Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso: 11 dez. 2017.

R\$ 2.441.041,95 em 2005, aumentando para R\$ 287.823.182,50 em 2012¹⁸¹. O mesmo estudo identificou que em 2012, os gastos com os 18 medicamentos mais caros obtidos por meio dos processos judiciais correspondeu a R\$ 278.904.639,71, destinados ao atendimento de apenas 523 pacientes.

Some-se a tal montante os valores gastos pelos Estados e Municípios para o cumprimento das decisões, seja porque a União não estava no polo passivo, seja porque a decisão judicial determinou diretamente a eles o cumprimento da obrigação. Aqui, os números também são crescentes.

O estudo da AGU indica que o mais populoso Estado do país, São Paulo, gastou, em 2008, 400 milhões de reais no atendimento às demandas judiciais de saúde, o que corresponde a um aumento de 567% em relação ao gasto de 2006, que foi de 60 milhões. Em 2010, os gastos já atingiam quase 700 milhões, que representam quase 50% de todo o orçamento do Estado destinado à política farmacêutica. Daniel Wei Liang Wang destaca que em 2013 havia 25.000 pacientes recebendo medicamentos em cumprimento de decisões judiciais, ao passo que a população do Estado era de mais de 41.000.000, concluindo que 0.0006% da população utilizava quase 50% do orçamento total disponível para o tratamento do restante da população¹⁸². Percebe-se, portanto, o crescente desequilíbrio na distribuição dos recursos quando o atendimento ocorre pela via judicial.

O cenário se repete em diversos outros Estados. O Estado de Santa Catarina gastava em 2001, com medicamentos e tratamentos médicos ordenados nas ações judiciais, o total de R\$ 17.897,20. Em 2007, o montante já atingia R\$ 47.061.176,19, chegando, em 2010, a R\$93.406.295,52¹⁸³. O Estado de Minas Gerais gastou, em 2005, R\$ 8.500.000,00; em 2007 a despesa aumentou para R\$ 22.800.000,00 e em

¹⁸¹ O estudo, feito com base nos dados do Ministério da Saúde, ressalta que neste montante estão excluídos os valores relativos às despesas com o procedimento de compra e entrega do medicamento (tais como publicação em Diário Oficial, pagamento de transportadora para entrega da medicação em domicílio, pagamento de seguro para o transporte do medicamento e, quando for o caso, custos com a importação), que representaram em 2012, por exemplo, R\$ 1.965.435,39. Igualmente não estão incluídos os gastos do Ministério da Saúde para cumprimento de decisões judiciais por meio de depósito judicial e por meio de repasse a Estados e Municípios, para que estes cumpram a decisão. Advocacia-Geral da União. *Intervenção Judicial na Saúde Pública*. Brasília: Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde, 2013, p.16. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁸² A tese de doutorado de Daniel Wang faz uma abrangente análise das demandas de saúde, no Brasil e na Inglaterra, e do controle judicial em matéria de assistência farmacêutica. WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*. Tese de Doutorado (Faculdade de Direito). The London School of Economics and Political Science, Londres, 2013, p. 65.

¹⁸³ Advocacia-Geral da União. *Intervenção Judicial na Saúde Pública*, p. 17.

2008 já atingia R\$ 42.500.000,00 o montante destinado ao cumprimento de processos judiciais na área da saúde¹⁸⁴. Os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina gastaram, juntos, entre 2013 e 2014, mais do que a União. No total de despesas com judicialização, 80% correspondem a medicamentos¹⁸⁵.

Desnecessário prosseguir relatando os gastos dos demais Estados e dos Municípios. O panorama acima deixa claro o impacto das ações judiciais em matéria de saúde sobre a organização das finanças públicas. Não há dados consolidados até o momento que indiquem precisamente o gasto da intervenção judicial em saúde em todo o país, no entanto, o estudo realizado pela AGU, citado linhas atrás, indicou, ainda que de forma incompleta, que estes processos representaram, apenas no ano de 2010, gastos que somam R\$ 949.230.598,54, ou seja, quase 1 bilhão de reais, isso considerados apenas os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gerais, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios)¹⁸⁶.

Os gastos prosseguem aumentando atualmente. O resultado da auditoria mais recente feita pelo Tribunal de Contas da União, concluída em 2017, revelou que os gastos anuais *apenas* do governo federal com processos judiciais referentes à saúde, em 2015, já chegavam a R\$ 1 bilhão, o que equivale a um aumento de mais de 1.300% desde 2008, quando eram de R\$70 milhões. Para se ter uma noção do que 1 bilhão representa no orçamento, oportuno destacar que o orçamento total autorizado do Ministério da Saúde para 2015 foi de R\$ 121 bilhões. Dentre os pedidos das demandas, 80% corresponde ao fornecimento de medicamentos¹⁸⁷.

É deste ponto que damos o próximo passo para fazer a conexão dos ensinamentos do pragmatismo jurídico com a jurisprudência em matéria de saúde. É preciso examinar o contexto em que as demandas estão inseridas: os medicamentos requeridos, os litigantes e os advogados que as patrocinam.

¹⁸⁴MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS; Daniel Resende; GUERRA JR., Augusto Afonso; CHERCHIGLIAI, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, vol. 45, n. 3, p.590-598, 2011, p. 591.

¹⁸⁵Tribunal de Contas da União. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017. Sessão 16/08/2017. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁸⁶Advocacia-Geral da União. *Intervenção Judicial na Saúde Pública*, p.21.

¹⁸⁷A auditoria analisou dados informados pelo Ministério da Saúde em relação a todo o país, pelas secretarias estaduais Santa Catarina e São Paulo e pelas secretarias municipais de Araruama/RJ e Dinópolis/MG. Cf. Tribunal de Contas da União. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017.

2.5.2. O contexto da intervenção judicial

2.5.2.1. Os medicamentos concedidos

A auditoria feita pelo Tribunal de Contas da União concluiu que a judicialização de itens não previstos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) ou nas relações de medicamentos do SUS tem sido responsável pela maior parte dos gastos federais, estaduais e municipais, sendo que uma parcela destes itens sequer foi registrada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹⁸⁸.

No âmbito federal, apurou-se que no período de 2010 a 2015 o gasto total do Ministério da Saúde foi de R\$ 2,7 bilhões para realizar as compras determinadas judicialmente. Desse valor, mais de 54% (R\$ 1,49 bilhão) referiram-se a três medicamentos, demandados para o tratamento de pacientes com doenças raras: tratam-se do Elapraxe® (idursulfase) e do Naglazyme® (galsulfase), ambos indicados para o tratamento de mucopolissacaridoses (MPS), doenças genéticas degenerativas, e do Soliris® (eculizumabe), indicado para tratar Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN). Nenhum dos três pertence às relações de medicamentos do SUS ou aos PDCT. Os outros 46% (R\$ 1,3 bilhão) do total gasto no período destinou-se às compras dos demais itens contabilizados pelo governo federal¹⁸⁹.

Para se ter uma dimensão de quantos pacientes receberam os medicamentos que geraram o maior custo para o Ministério da Saúde, exemplificamos com o ano de 2014. Neste ano, as compras dos medicamentos Soliris® e Naglazyme® totalizaram mais de R\$ 381 milhões para atender 382 pacientes, representando 55% do total gasto pela pasta com o cumprimento de ordens judiciais. Segundo cálculos

¹⁸⁸ Tribunal de Contas da União. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017, Item 4, subitem 169 e 179.

¹⁸⁹ Conforme destaca a auditoria, os três medicamentos já foram citados dentre os onze medicamentos mais caros do mundo. (Disponível em: <<http://www.health.harvard.edu/blog/the-11-most-expensive-medications-201202094228>>). Os medicamentos Elapraxe® e Naglazyme® possuem registro na Anvisa e o Soliris® não. Tribunal de Contas da União. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017, Item 4.1. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/umentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 29.09.2017.

feitos pela citada auditoria, naquele ano, o custo médio por paciente foi de R\$ 941.541,19 no caso do Soliris®, e de R\$ 1.081.594,78 no caso do Naglazyme®.

O cenário não é diverso nos Estados. Os dados informados pelas secretarias de saúde de Santa Catarina e São Paulo indicam que a maior parte dos gastos com medicamentos judicializados dizem respeito a itens que não fazem parte das relações do SUS¹⁹⁰. Dados semelhantes são fornecidos pelo estudo de Chieffi, Barradas e Golbaum, feito com base no sistema computadorizado da Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo entre 2010 e 2014, que analisou as demandas de saúde ajuizadas em face do Estado e verificou que 62,3% pleiteavam medicamentos. Dentre os mais de 4614 diferentes medicamentos analisados nos processos judiciais, o mais pleiteado foi insulina glargina, em 3.539 casos, correspondendo a 6,3% dos processos, seguida por insulina asparte, em 1849 casos, equivalendo a 3,3%, ambos fármacos mais novos e mais caros do que a insulina humana padronizada. Nenhum destes dois fármacos, contudo, estava incorporado pelo SUS em razão da sua baixa eficiência e do custo-efetividade¹⁹¹⁻¹⁹².

Ainda sobre a concessão judicial de medicamentos não disponíveis em programas do SUS, um estudo mais antigo, referente ao ano de 2005, nos permite verificar qual percentual deles possuía alternativa terapêutica. Vieira e Zucchi analisaram todos os processos movidos por cidadãos contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, referentes ao fornecimento de medicamentos, e concluíram que 73% possuíam substitutos na relação municipal de medicamentos essenciais e em programas do SUS¹⁹³. À conclusão similar chegou o estudo feito por Machado *et al*, já citado, que analisou os pedidos de medicamentos de 2005 a 2006 no Estado

¹⁹⁰ Tribunal de Contas da União. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017, Item 4.2.

¹⁹¹ CHIEFFI, Ana Luiza; BARRADAS, Rita De Cassia Barata; GOLBAUM, Moisés. Legal access to medications: a threat to Brazil's public health system? *Health Services Research*, v.17, n. 499, p.1-12, 2017, p.7, Tabela 4. Disponível em: < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5517947/>>. Acesso em: 11 dez. 2017

¹⁹² Em 2017, após procedimento de análise das insulinas, a Comissão Nacional de Incorporação de Novas Tecnologias no SUS- CONITEC recomendou e o Ministério da Saúde incorporou no âmbito do SUS insulinas análogas de ação rápida para o tratamento do Diabetes Mellitus Tipo 1, Asparte (NovoRapid®), Lispro (Humalog®) e Glulisina (Apidra®), conforme critérios a serem estabelecidos em um protocolo clínico a ser aprovado pelo Ministério da Saúde, e também mediante a negociação de preço com os fabricantes. Relatório de Recomendação. *Insulinas análogas de ação rápida para Diabetes Mellitus Tipo 1*. No. 245, Fevereiro de 2017. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2017/Relatorio_Insulinas_DiabetesTipo1_final.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁹³ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais a política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, vol. 41, n.2, p. 215-222, 2007, p. 218. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

de Minas Gerais, concluindo que aproximadamente 80% possuíam alternativa terapêutica mais barata na rede pública¹⁹⁴.

Estes elevados percentuais demonstram que as decisões judiciais podem ter desconsiderado, em sua maioria, não apenas a segurança e eficácia da medicação não prevista no sistema público, mas também o seu custo-efetividade, já que é feita uma análise destes aspectos pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA antes de concluir pela não incorporação do fármaco.

Além dos itens não previstos nos protocolos clínicos ou nas relações de medicamentos do SUS, é também considerável o número - e o consequente impacto orçamentário - de demandas que buscam fármacos que fazem parte das listas dos SUS, porém, pretende-se seu uso fora da previsão do protocolo clínico (*off-protocol use*). Vejamos o exemplo da cidade de São Paulo. O estudo de Chieffi, Barradas e Golbaum analisou as demandas que pleiteavam medicamentos da lista do competente especializado do SUS, os chamados “de alto custo”, e verificou que em 81.3% dos casos a prescrição médica determinava o uso em violação à diretriz do protocolo¹⁹⁵.

Há, por fim, os processos que pleiteiam medicamentos não registrados na ANVISA e que, por isso, não podem ser comercializados no Brasil ou fornecidos pelo SUS, já que a lei veda a dispensação pelo sistema público sem o registro, conforme prevê o art.19-T, inc. II da Lei 8.080/90. Os dados da Secretaria de Saúde de São Paulo indicam que apenas 3.5% dos medicamentos pleiteados judicialmente não possuíam registro na agência de vigilância. O número parece baixo, contudo, os gastos para a aquisição de fármacos não registrados pode ser bastante significativo.

Nesse ponto, o citado estudo de Vieira e Zucchi, referente ao ano de 2005, analisou todos os processos movidos por cidadãos contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo. Os medicamentos para tratamento de câncer corresponderam a 7,2% do total de itens solicitados, no entanto, tal percentual foi responsável pelo gasto de R\$ 661.000,00, equivalentes a 75% do gasto total com a aquisição de medicamentos em decorrência de ações judiciais. E aqui vem a parte mais importante: dois destes fármacos não estão registrados no Brasil e a maioria não

¹⁹⁴ MACHADO, Marina Amaral de Avila *et al.* Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil, 595.

¹⁹⁴ Tribunal de Contas da União. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017.

¹⁹⁵ CHIEFFI, Ana Luiza; BARRADAS, Rita De Cassia Barata; GOLBAUM, Moisés. Legal access to medications: a threat to Brazil's public health system? *Health Services Research*, p.8.

possui evidências de eficácia terapêutica. Logo, a maior parte do gasto total em cumprimento às decisões judiciais destinou-se a medicamentos que, na maior parte dos casos, não possuem comprovação científica de benefício aos pacientes¹⁹⁶.

Diante dos dados analisados, a conclusão a que se chega, hoje, é a mesma a que Daniel Wang chegou em 2013, após análise de diversas pesquisas envolvendo dados do Ministério da Saúde, dos Estados e dos Municípios¹⁹⁷. Os estudos trazem dados comprováveis de que a maior parte das demandas de saúde busca obter medicamentos mais recentes e mais caros em relação aos dispensados pelo SUS e previstos nos PCDT, fazer uso do fármaco fora da previsão do protocolo clínico e, em ambos os casos, não é incomum que sejam desconsiderados a segurança e a eficácia dos fármacos e o custo-efetividade de sua dispensação de forma universal.

Esta conclusão, analisada à luz da situação socioeconômica do país, chama a atenção de um importante aspecto: a maior parte dos litígios não têm objetivado prover a saúde básica à população mais necessitada. Nesse ponto, Octávio Ferraz enfatiza que não são as famílias que vivem nas piores condições sociais, sem saneamento básico e cuja necessidade de cuidados com a saúde são maiores, que têm ajuizado a maior parte dos processos pleiteando medicamentos novos e caros. “Como esperado, existe, ao revés, uma alta concentração das demandas de saúde nos estados, cidades e distritos mais ricos do Brasil”¹⁹⁸. Partimos, então, para o passo seguinte para verificar o contexto em que estão inseridas as demandas de saúde.

2.5.2.2. Os beneficiados pelos litígios

Interessa-nos saber qual parcela da população é mais beneficiada pelos litígios. O estudo citado por Octávio Ferraz, feito em relação às demandas de saúde durante os anos de 2005 a 2009 que incluem a União no polo passivo identificou que, dentre os 4.343 processos ajuizados durante o período, 85% se originaram dos Estados mais desenvolvidos do sul e do sudeste, embora a população de ambos corresponda a apenas 56,8% da população brasileira. Noutro giro, nos Estados

¹⁹⁶ VIEIRA, Fabiola Sulpino e ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais a política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, p.220-221.

¹⁹⁷ WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*, p. 39.

¹⁹⁸ FERRAZ, Otavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, p.1661-1662.

menos desenvolvidos do norte e do nordeste houve o ajuizamento de apenas 7,7% dos processos, apesar de tais Estados representarem 36% da população brasileira¹⁹⁹.

No âmbito do Estado de São Paulo, o estudo mais recente que tivemos acesso, de Chieffi, Barradas e Golbaum, que analisou as demandas de saúde ajuizadas em face do estado entre 2010 e 2014, indica a predominância de processos patrocinados por advogados privados (64.2%), enquanto a Defensoria Pública e o Ministério Público foram responsáveis por apenas 22,9% das demandas (não há dados em relação a 12.8% dos casos). Reforçam estes dados as informações acerca das prescrições médicas: em 47.8%, o que corresponde a 26,957 casos, elas se originaram de clínicas particulares²⁰⁰.

Machado *et al* trazem dados similares. Nas demandas judiciais por medicamentos entre de 2005 a 2006 no Estado de Minas Gerais, a origem do atendimento foi identificada em 535 processos: 70,5% eram tratados no sistema privado de saúde e apenas 25,8% no SUS. Mais da metade dos autores dos processos foi representada por advogados particulares e 23,1% pela Defensoria Pública²⁰¹.

As pesquisas mostram, portanto, uma concentração de ações judiciais nos Estados mais desenvolvidos do país, em grande parte propostas por pacientes tratados no sistema privado de saúde e patrocinadas por advogados particulares. É oportuno, mais uma vez, o alerta de que o acesso aos Tribunais e aos advogados fica além do alcance da maioria da população pobre brasileira e as decisões judiciais tendem a beneficiar, em geral, a minoria que pode acessá-los²⁰².

¹⁹⁹ O acórdão da auditoria de 2017 feita pelo Tribunal de Contas da União não traz dados específicos sobre a população beneficiada pelas decisões. Nos utilizaremos, portanto, do estudo analisado por Octávio Ferraz em relação às demandas de saúde durante os anos de 2005 a 2009 que incluem a União no polo passivo. FERRAZ, Otavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, p.1661-1662.

²⁰⁰ CHIEFFI, Ana Luiza; BARRADAS, Rita De Cassia Barata; GOLBAUM, Moisés. Legal access to medications: a threat to Brazil's public health system? *Health Services Research*, p.3 e 4.

²⁰¹ MACHADO, Marina Amaral de Avila *et al.* Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, p. 593.

²⁰² Conclui o autor: "Given this profile in which most litigation focuses on health attention that cannot be regarded as a priority for a resource-constrained public health system operating in a highly unequal country, and which mostly benefits a small minority who is able to use the court system to its advantage, the case for taking social rights away from the Brazilian courts seems rather strong". FERRAZ, Otavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, p.1662.

2.5.2.3. Os advogados dos processos e os médicos dos pacientes

Os estudos indicam ainda um ponto que nem sempre os órgãos judiciais tomam ciência ao decidirem os casos - seja por falta de tempo devido ao número elevado de processos, seja por falta de estrutura para controle específico pelas Varas Judiciais: a concentração de determinados advogados e médicos nos processos. Nos litígios em face do Estado de São Paulo entre 2010 e 2014, 56.345 casos eram patrocinados por 11.865 advogados e 15.069 médicos que prescreveram as receitas. Todavia, apenas 20 advogados (0.17%) respondiam por 19.1% dos processos e somente 20 médicos (0.13%) prescreveram receitas para 5.2% dos casos²⁰³. A referida predominância foi encontrada também nas demandas em face do Estado de Minas Gerais entre 2005 e 2006. Dentre os escritórios de advocacia que representaram os autores, dez foram responsáveis por 304 processos (64,3%), dois escritórios tiveram representação em 155 processos, e outro em 77²⁰⁴.

Predominância ainda mais preocupante foi observada no âmbito federal. Cento e noventa e seis processos em face do Ministério da Saúde, julgados entre 2006 e 2010, concedendo medicamentos para as doenças raras mucopolissacaridoses, foram objeto de estudo publicado em 2013 por Medeiros, Diniz e Schmartz, os quais constataram uma alta concentração de ações judiciais patrocinadas por pouquíssimos advogados privados. Apurou-se que 155 indivíduos foram representados por advogados privados e 20 por defensores e procuradores públicos. Dentre os advogados, um único é responsável pelos processos de 70 (36%) pessoas, as quais, em conjunto, correspondem a um gasto de mais de 77 milhões de reais²⁰⁵⁻²⁰⁶. Percebe-se, neste caso, a altíssima concentração de casos nas mãos de poucos advogados privados.

²⁰³CHIEFFI, Ana Luiza; BARRADAS, Rita De Cassia Barata; GOLBAUM, Moisés. Legal access to medications: a threat to Brazil's public health system? *Health Services Research*, p.10.

²⁰⁴MACHADO, Marina Amaral de Avila *et al.* Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, p. 593.

²⁰⁵MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHMARTZ, Ida. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & saúde coletiva*, v. 18, n. 4, Rio de Janeiro, 2013, p. 1093. Os processos estudados pelos autores abrangeram os três medicamentos disponíveis para a doença, laronidase, idursulfase e galsulfase, tendo sido enfatizado que uma única empresa distribuidora, a Uno Healthcare, responde por 97% dos valores transacionados.

²⁰⁶A auditoria do TCU destaca que a identificação desse tipo de rede entre médicos, advogados e organizações não governamentais originou a operação policial 'Garra Rufa' em São Paulo, no ano de 2008, em razão das recorrentes articulações entre as associações de pacientes e a indústria farmacêutica. Segundo a auditoria, um dos tipos de mucopolissacaridose é tratado com o

Some-se a isso que não foi identificada forte correlação entre o local de residência ou a origem dos pacientes e o local de atuação destes advogados, o que “sugere a existência de algum tipo de rede que coloca em contato pacientes e advogados” e que é “potencialmente financiada por empresas interessadas nos resultados da judicialização”, sobretudo “considerando que o volume médio de uma ação ultrapassa o custo normal de um advogado privado na ordem de milhares de vezes”²⁰⁷.

2.5.2.4. Conclusão do exame dos dados sobre os litígios

Extraí-se do relato acima, baseado em dados comprováveis, que a concessão de medicamentos fora das relações do SUS ou para uso fora dos protocolos clínicos, da forma como tem sido feita pelos órgãos judiciais brasileiros, produz graves impactos financeiros e administrativos nos programas de assistência farmacêutica do SUS, considerado o conjunto das decisões judiciais.

Ao desconsiderar o cenário de escassez de recursos e que escolhas trágicas no âmbito orçamentário já foram feitas, os órgãos judiciais acabam por gerar desigualdade na distribuição dos recursos destinados ao SUS. A desorganização financeira e orçamentária decorre, portanto, do remanejamento dos recursos de sua execução planejada para o cumprimento das ordens judiciais²⁰⁸. Além disso, essa forma de aquisição da medicação produz um gasto adicional, já que as compras se

medicamento Aldurazyme® (Iaronidase), fabricado pela Genzyme, cujo *site* apresenta uma lista de associações que fornecem apoio aos portadores dessa doença, bem como edital para programa de apoio a projetos de associações de pacientes. Tribunal de Contas da União. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017. Item 4.1.

²⁰⁷ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHMARTZ, Ida. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & saúde coletiva*, p. 1094.

²⁰⁸ Usando novamente o exemplo dos gastos feitos em 2014, a auditoria do TCU calculou que o valor despendido com os dois medicamentos mais caros (Soliris® e Naglazyme®) representou: “a) 30% dos valores empenhados liquidados na ação 20AE – Promoção da assistência farmacêutica e insumos estratégicos na *atenção básica* (repasso de recursos destinados ao custeio de medicamentos e insumos de uso da atenção básica e aquisição pelo Ministério da Saúde de insulinas e outros medicamentos e insumos, como os do Programa Saúde da Mulher); b) 233% da ação 4368 – Promoção da assistência farmacêutica e insumos para programas de saúde *estratégicos* (aquisição pelo Ministério da Saúde de medicamentos e insumos para o controle de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de chagas, tabagismo e outras doenças endêmicas); e c) 8% da ação 4705 – Apoio financeiro para aquisição e distribuição de medicamentos do *componente especializado* da assistência farmacêutica (aquisição centralizada e repasse financeiro para garantia do acesso aos medicamentos do componente especializado, os chamados medicamentos ‘de alto custo’). (grifos no original). Tribunal de Contas da União. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017. Item 4.2 do voto.

dão em pequena escala, sem o procedimento regular de licitação que permite a escolha da proposta mais vantajosa para compras de atacado²⁰⁹. É fácil perceber, assim, que o sistema de saúde brasileiro não teria capacidade orçamentária para fornecer os medicamentos pleiteados em juízo a todos os indivíduos que possuem o mesmo quadro clínico, o que resulta em um benefício restrito aos que tiveram acesso à justiça, de inviável universalização²¹⁰.

Tal cenário culmina também na desorganização administrativa do sistema de saúde pública, já que interfere diretamente no planejamento que vinha sendo seguido pela Administração, e tende a produzir consequências opostas àquelas esperadas por um sistema de acesso universal e igualitário e baseado na formulação de políticas públicas para toda a população. Não é incomum que, para cumprir uma decisão que concede o medicamento pela via individual, as autoridades de saúde deixem sem assistência farmacêutica outro paciente, que já estava incluído no programa²¹¹.

Há, por fim, um último efeito a ser considerado em relação às demandas de saúde. Discorrendo sobre os efeitos no Brasil da ampla judicialização das políticas públicas para a implementação dos direitos sociais em geral, Felipe de Melo Fonte resume de forma precisa: a ampla judicialização não é positiva sob o aspecto sistêmico, pois exige gastos excessivos para a manutenção e incremento da estrutura do Poder Judiciário, deslocando recursos públicos escassos que poderiam ser melhor utilizados para fornecimento de bens e serviços aos indivíduos, caso os conflitos fossem resolvidos na esfera pública, e como regra, proveem soluções individuais, “deixando de contemplar o fato de que necessidades coletivas demandam soluções uniformes”²¹².

²⁰⁹ Advocacia-Geral da União. *Intervenção Judicial na Saúde Pública*, p. 3, 4 e 10.

²¹⁰TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de medicamentos pelo Estado. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, vol.55, 2002, p. 109-110. Para uma análise dos efeitos das decisões judiciais de saúde para o equilíbrio financeiro do Estado e em relação aos demais membros da sociedade, ver: SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

²¹¹GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista forense*, vol. 37, 2003, p. 113.

²¹²FONTE, Felipe de Melo. Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros gerais para a atuação judicial. *Rev.Dir.Proc.Geral*, Rio de Janeiro, v. 64, 2009, p. 73.

2.6. Odireito à saúde no Supremo Tribunal Federal

Os dados empíricos tratados nos tópicos anteriores formam o cenário atual em que se encontram os litígios de saúde, com ênfase na concessão de medicamentos. Prosseguindo na conexão do pragmatismo jurídico com a jurisprudência em matéria de saúde, interessa verificar qual a postura do Judiciário diante do contexto fático e das consequências das decisões descritos acima, ou seja, se ele é sensível aos impactos financeiro e organizacional sobre o sistema de saúde, aos custos dos medicamentos, aos litigantes que os pleiteiam, à escassez de recursos e às razões adotadas no procedimento administrativo. Em outras palavras, pretende-se verificar se os julgadores operam, de alguma forma, como juízes pragmatistas.

Antes da análise da jurisprudência, fazemos duas observações. Primeiro, é importante esclarecer o que consideramos como fundamentos pragmáticos dos acórdãos e dos votos selecionados, a saber: a importância conferida aos fatos e ao contexto em que ocorre o julgamento (caráter contextualista), a antecipação das consequências como razão de decidir e a valorização do empirismo (caráter consequencialista), abrindo caminho para a mudança do entendimento tradicional e permitindo que sejam testadas as consequências práticas do novo entendimento, conferindo papel retórico aos precedentes, e não de dogmas (caráter antifundacionalista).

Segundo, uma verificação dos julgados dos diversos Tribunais seria muito extensa e dispensável para nosso objeto de estudo, que deseja apenas obter uma amostra dos fundamentos mais recorrentes utilizados nos litígios de saúde. Por este motivo, restringiremos nossa análise à Suprema Corte brasileira, cujas decisões, ainda que por vezes sem efeito vinculante, são utilizadas como precedentes para fundamentar entendimentos das demais instâncias judiciárias.

A maior parte das decisões judiciais não aplica o pragmatismo jurídico de forma expressa, porém, em algumas ocasiões, sua fundamentação permite identificar inclinações e características pragmáticas²¹³. Especificamente em matéria

²¹³ Como exemplo de decisão em que houve a aplicação expressa de fundamentos pragmáticos, citamos o voto do Ministro Luis Roberto Barroso no HC 126292/SP, um caso representativo na esfera criminal, em que o Ministro abriu um capítulo intitulado: “*Fundamentos pragmáticos para o novo entendimento.*” A questão posta em julgamento consistiu em verificar se a Constituição admite ou não a prisão após a condenação em segunda instância, mesmo enquanto cabíveis recursos especial e extraordinário.

de saúde pública, na maioria das decisões, o pragmatismo sequer é utilizado, nem mesmo implicitamente.

Para identificar se a jurisprudência da Suprema Corte incorpora fundamentos pragmáticos em seu conteúdo, foi feita uma análise quantitativa e qualitativa das decisões e acórdãos relativos à assistência farmacêutica na saúde pública no período de 2000 a 2017²¹⁴. A análise é separada em três momentos. Em um primeiro momento, que abrange a maior parte dos votos e acórdãos proferidos até hoje, não se identificam características pragmáticas nas decisões. No segundo momento, inicia-se uma mudança de entendimento do STF ao interpretar o direito à saúde, com utilização de alguns poucos fundamentos pragmáticos, embora sem menção expressa ao uso do pragmatismo. Por fim, em um terceiro momento, extraem-se características pragmáticas mais claras em um recente voto, análise que mais nos interessa e que será tratada apenas no próximo capítulo.

A jurisprudência que se consolidou a partir de 2000 na Suprema Corte brasileira quanto aos pedidos de medicamentos e tratamentos médicos não demonstra qualquer inclinação pragmática. O voto do Ministro Celso de Mello, relator do AgR no RE 232335, de 25.08.2000, deixa claro o entendimento da Corte naquele momento²¹⁵, que seria mantido nas decisões seguintes²¹⁶: o direito constitucional à saúde é um direito absoluto que impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se tem por cumprido quando são adotadas providências destinadas a promover a sua satisfação plena e universal. A interpretação conferida ao direito à saúde pública não considerou os impactos financeiros e na organização do SUS, nem os medicamentos requeridos ou quais grupos principais os pleiteiam.

²¹⁴A pesquisa realizada na página eletrônica do STF, na seção de Jurisprudência, utilizando as palavras-chave “direito adj3 saúde” retornou numerosos resultados (150 acórdãos e 4 decisões em repercussão geral). Feita a leitura das ementas, foram selecionadas as mais pertinentes ao objeto do estudo, e, em seguida, foi feita a leitura individual do inteiro teor dos acórdãos e decisões, a fim de identificar se em seu conteúdo havia fundamentos pragmáticos que determinaram ou corroboraram a conclusão do acórdão ou dos votos.

²¹⁵ Confira-se o trecho extraído da ementa do acórdão: “(...) 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 inseqüente, 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”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2017.

²¹⁶ O voto do Ministro Celso de Mello no RE 232335 é citado como precedente no AgR no RE 271.286, o qual, por sua vez, é citado para fundamentar diversas outras decisões sobre casos similares, como ocorreu nos RE-AgR 259508, AI-AgR 486816, RE-AgR 393-175, RE-AgR 534908 e AI-AgR 553712.

Este entendimento passou a ser repetido nos diversos julgados da Suprema Corte e não há novidades a destacar nos julgados que se sucederam. Já o julgamento da ADPF 45, de relatoria do Min. Celso de Mello em 04.05.2004, dá um passo à frente. Embora tenha ocorrido em controle abstrato de constitucionalidade em que se discutia a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais, e não especificamente sobre o direito à saúde, na referida ação são feitas considerações sobre a limitação dos recursos orçamentários para a efetivação dos direitos, inserindo no debate a chamada “reserva do possível”. A Corte conclui que a implantação dos direitos de segunda geração é sempre onerosa e que sua concretização se relaciona ao binômio da (i) razoabilidade da pretensão em face do Poder Público e da (ii) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas requeridas.

Para nosso objeto de estudo, a relevância da ADPF 45 está nas considerações de questões financeiras na discussão acerca da implementação dos direitos sociais, o que não vinha sendo feito pelos Ministros até então. Passou-se a se atentar para a realidade em que a decisão estava sendo proferida.

Os argumentos pragmáticos ganham força na decisão proferida na STA 91, a qual concluiu pela não obrigatoriedade de o Poder Público fornecer o medicamento requerido. Para fundamentar sua conclusão, a Min. Ellen Gracie afirmou que a concessão dos medicamentos afetaria o SUS, uma vez que “a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”²¹⁷, bem como que os gastos dos SUS devem direcionar-se para o atendimento destes beneficiários.

Ao atentar-se para os impactos negativos para a gestão do SUS e para o prejuízo ao atendimento do maior número possível de pessoas, a Ministra se socorre de um raciocínio antifundamentalista, contextualista e consequencialista, pois considera o contexto fático e com base nele adianta as consequências da decisão para analisar sua compatibilidade com a política pública de saúde, divergindo do

²¹⁷Trecho extraído da ementa do acórdão. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

entendimento jurisprudencial consolidado. Percebe-se na decisão, desta forma, um embrião pragmático.

Não houve, contudo, uma uniformidade na argumentação e conclusão de todas as decisões posteriores à STA 91. A análise da jurisprudência que sucedeu à STA 91 não deixa claro “com base em quais critérios objetivos as questões envolvendo políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas seriam analisadas e qual o peso que elas terão para definir, em cada caso, se haverá ou não obrigação do Estado de fornecer determinado medicamento (...)”²¹⁸.

Realizada a audiência pública sobre saúde em 2009, seus subsídios foram utilizados para fixar a orientação adotada pelo Min. Relator Gilmar Mendes nas STAs 175 e 178, a qual buscou construir parâmetros de decisão²¹⁹. A escassez de recursos e os impactos da intervenção judicial voltam a assumir destacada relevância na fundamentação destes julgados. Com efeito, atenta-se para o contexto fático e para as consequências, pois o voto reconhece que “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção da saúde”, mas, sim, “um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”, e enfatiza que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer prestação de saúde “geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS”.

Não obstante as ponderações feitas, em ambas as STAs, o Ministro relator, acompanhado pela Corte, entendeu que os medicamentos requeridos deveriam ser

²¹⁸Daniel Wang destaca que nas suspensões de segurança no. 3205, 3158, 3183 e 3231, todas decididas entre maio e junho de 2007, a Min. Ellen Gracie mostrou preocupação com “a interpretação ampliada que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelos Estados”, referindo-se à STA 91, e concluiu pelo deferimento do pedido de concessão de medicamentos. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, v. 8, p. 439-568, jul-dez. 2008, p.550-551. Veja-se, por exemplo, a SS 3205. Em sua decisão, a Min. Ellen Gracie indeferiu o pedido de suspensão da liminar que determinou a concessão de medicamento importado do Canadá em favor de paciente menor, hipossuficiente e portador de doença rara, com fundamento na inoperância de outras medicações já ministradas e na urgência do tratamento, bem como na superioridade do direito à saúde em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos. A decisão parece divergir, portanto, do entendimento adotado na STA 91, a qual ressaltou a necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas.

²¹⁹O Min. Gilmar Mendes fixa, na STA 175 e na STA 178, que, “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não a fornecer ou de uma vedação legal à sua dispensação”. Acrescentou, ainda, ser necessário o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2017.

fornecidos pelo Estado, diante da comprovação de que, por razões específicas do organismo da parte autora, for comprovado que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz no seu caso.

Nesse cenário, embora, a partir da STA 91, seguida das STA 175 e 178, tenham sido incorporados ao debate fundamentos que se aproximam do pragmatismo, a jurisprudência era oscilante quanto à concessão de medicamentos e não se pode dizer que a utilização de raciocínios pragmáticos era determinante para o resultado do julgamento. Como vimos, o caráter antifundamentalista, contextual e consequencialista que, algumas vezes, aparecia nas fundamentações não era capaz de afastar a conclusão pela concessão da prestação de saúde requerida²²⁰.

Na verdade, após tais julgados, diversos outros que se sucederam entre 2009 e 2016 sequer fizeram ponderações acerca dos impactos da intervenção judicial individualizada sobre a organização do SUS, das consequências econômicas das decisões, da distribuição dos recursos públicos destinados à saúde e da racionalização dos gastos. A fundamentação comum aos julgados era que “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”, concluindo que os medicamentos requeridos para tratamento de saúde deveriam ser fornecidos pelo Estado²²¹. O debate ainda estava centrado na colisão entre o direito à vida e à saúde e o interesse financeiro e secundário do Estado, dando peso inferior – ou até mesmo desconsiderando por completo – a realidade socioeconômica e os efeitos das decisões.

²²⁰ Nesse ponto, importa destacar o julgamento do RE 368564, em 2011, no qual Min. Ricardo Lewandowski é vencido ao votar pelo não deferimento de pedido de custeio de tratamento médico oftalmológico no exterior: “*Não pode – insisto – o Judiciário e, em especial, esta Suprema Corte, guardiã dos valores constitucionais, definir, de maneira pontual e individualizada, como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde.*” O voto deu maior ênfase à distribuição dos recursos orçamentários do que os demais Ministros e com fundamento nisso indeferiu a pretensão autoral, divergindo da conclusão vencedora que concedeu a prestação requerida.

²²¹ Os seguintes julgados, todos favoráveis à concessão de medicamentos, possuem, em linhas gerais, esta fundamentação, não se identificando neles inclinações pragmáticas: ARE 685230 AgR, de 05/03/2013, Rel. Min. Celso de Mello, ARE 812424 AgR, de 05/08/2014, Rel. Min. Celso de Mello, ARE 744170 AgR, de 26/11/2013, Rel. Min. Marco Aurélio, AI 824946 ED, de 25/06/2013, Rel. Min. Dias Toffoli e ARE 926469 AgR, de 07/06/2016, Rel. Min. Roberto Barroso. Neste último julgado, o Min. Barroso destacou que a questão discutida cuida de fornecimento de medicamento não padronizado de inquestionável eficácia e prescrito por médico da rede pública, com comprovada impossibilidade de sua substituição, e que, por esta razão, não se relacionaria com a discussão em trâmite no RE 566.471-RG, que cuida de fornecimento de medicamento de alto custo.

Desta forma, conclui-se que os julgadores não têm operado, em sua maioria, como juízes pragmatistas. Ademais, o exame da jurisprudência demonstra que o controle judicial predominante hoje no Brasil ocorre pela via individual, por meio de decisões condenatórias que concedem a exata prestação requerida, e com pouca ou superficial análise das razões da decisão administrativa que negou o medicamento ou que originou as políticas do SUS.

Esta postura muda um pouco, contudo, no voto selecionado proferido no RE566.471, como veremos no terceiro capítulo, momento oportuno para uma análise mais detida. Entretanto, o entendimento que ainda prevalece é este que acabamos de relatar. Os dados empíricos analisados demonstram que a interpretação que desconsidera a escassez de recursos e a necessidade de fixação de prioridades é insustentável em nossa realidade econômico-social. É precisamente neste ponto que o pragmatismo jurídico pode nos ajudar a orientar a atuação e a argumentação dos órgãos judiciais na efetivação do direito à saúde. A pedra de toque, portanto, é debater qual é o papel do juiz pragmatista nesta matéria, diante do cenário posto pelos dados empíricos.

Para podermos adentrar no debate, é essencial tratarmos, ainda que brevemente, sobre questões de distribuição equitativa dos recursos públicos, as formas de controle judicial sobre direitos sociais e os critérios de fixação de prioridades.

2.7. Uma demanda de justiça distributiva

Retomando a discussão clássica de Tomás de Aquino, segundo o qual a relação entre duas pessoas particulares é regida pela justiça comutativa, ao passo que as relações entre o comum e o particular são dirigidas pela justiça distributiva, que “distribui proporcionalmente o bem comum”, José Reinaldo Lima Lopes diferencia os dois modelos de justiça²²². Segundo o autor, na *justiça comutativa* ou *retributiva*, o Judiciário funcionaria como serviço público para a resolução de conflitos individuais por meio da aplicação de regras claras entre pessoas iguais, que se encontram no mesmo plano. A justiça distributiva, por outro lado, diz respeito a

²²² LOPES, José Reinaldo Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição. *Revista USP*, n. 21, p. 22-33, 1994, p.23-24. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26932>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

“alocação ou apropriação individual de recursos comuns”, “à divisão ou à apropriação individual do fundo social comum, fundo de benefícios e de custos”²²³.

A questão da escassez de recursos públicos é claramente uma questão de justiça distributiva. A concretização de um direito social como a saúde relaciona-se à disponibilidade do orçamento público, de modo que, em geral, a concessão do medicamento ou do tratamento pelo Judiciário envolve soluções individuais distintas da decisão distributiva tomada pela Administração Pública.

Como vimos pela análise da jurisprudência, o conflito chega ao judiciário individualizado e com a aparência de um conflito de justiça comutativa. No entanto, se o Judiciário julgar os casos em bases individuais, haverá o perigo de julgar problemas de justiça distributiva utilizando-se de critérios de justiça comutativa e gerar tratamento desigual, retirando de uma classe um certo indivíduo e dando a ele um tratamento diverso²²⁴.

Marcos Paulo Veríssimo, ao tratar da demanda judicial sob o prisma da dicotomia distribuição vs. comutação, alerta que as diversas teorias distributivas, como as de perfil libertário, igualitário ou utilitarista, embora possuam abordagens distintas sobre como devem ser distribuídos os recursos da sociedade, operam suas escolhas distributivas no plano macroscópico da sociedade, não no plano microscópico individual. E o motivo é simples: “Ninguém pode operar distribuições sem considerar o conjunto inteiro dos possíveis candidatos à fruição do benefício que será distribuído”²²⁵.

De fato, as decisões judiciais proferidas em conflitos individuais, que levam a juízo um recorte do problema distributivo, tendem a ser mais irracionais do que quando proferidas no contexto coletivo, em que os impactos são vistos de uma forma global. Daí porque o autor alerta que a avaliação do impacto das decisões distributivas somente pode ser feita pelo somatório consciente destas decisões, considerando toda a sociedade, e não apenas certos indivíduos²²⁶.

²²³ LOPES, José Reinaldo Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição. *Revista USP*, p. 25 e 27.

²²⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição. *Revista USP*, p. 32.

²²⁵ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de doutorado (Faculdade de Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 112.

²²⁶ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*, p. 124-125. O autor cita um exemplo de demanda de saúde que se encaixa muito bem em nosso objeto de estudo. Cuida-se da decisão proferida pelo Ministro Edson Vidigal, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da suspensão de segurança n.º 1.408 - SP

Estas breves observações sobre os domínios das justiças comutativas e distributivas chamam a atenção para os problemas que envolvem as decisões judiciais em demandas de saúde, como a necessidade de levar em conta o acesso igualitário e universal aos bens objeto da escolha distributiva.

2.8. A concretização jurisdicional do direito à saúde: os modelos individual e procedimental

Para os fins do nosso estudo, partimos da premissa de que, não obstante as críticas analisadas, a sindicabilidade dos direitos sociais é possível e, mais do que isso, fundamental para assegurar que as políticas públicas observem a Constituição e as leis²²⁷. No entanto, tal premissa não põe fim às discussões. Como o Judiciário deverá intervir? É neste ponto que os modelos de controle jurisdicional mais variam entre os países.

No Brasil, a interpretação que prevalece na jurisprudência, como vimos, afirma que o direito constitucional à saúde pode ser concretizado de forma *individual*, por meio da realização da justiça para o caso concreto, a *micro-justiça*²²⁸. O indivíduo não atendido por uma prestação de saúde que entenda ser juridicamente exigível postula seu cumprimento em juízo, levando o Judiciário a decidir sobre o “resultado esperado das políticas públicas”²²⁹.

(2004/0123187-5) para demonstrar esta afirmação. Uma senhora portadora de câncer de pulmão, que demandava do Secretário de Saúde do Estado de São Paulo o fornecimento de medicamento não registrado no país, com base no direito à saúde, teve seu pedido deferido. O Ministro afirmou não ser possível concluir que “o fornecimento do medicamento a uma única paciente possa causar lesão de consequências significativas e desastrosas à economia do Estado de São Paulo.” No entanto, conforme destaca o autor, as decisões judiciais não universalisáveis não atendem o primeiro dos postulados de justiça, o da isonomia, e conclui que a dimensão individual do caso acabou por encobrir o problema distributivo, produzindo uma decisão que, a princípio, não seria tomada no plano coletivo.

²²⁷ Conforme enfatiza o professor Luís Roberto Barroso: “A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma *virada jurisprudencial* que é celebrada como uma importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir.” BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 44.

²²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, p. 139.

²²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo

Além disso, para fazer cumprir suas decisões, os órgãos judiciais estão dispostos a utilizarem *remédios fortes*, determinando ao Poder Público o cumprimento da exata prestação requerida, por meio do fornecimento do medicamento em um curto espaço de tempo, sob pena de multa ou outra medida executiva²³⁰⁻²³¹.

A adoção deste modelo, como é de se imaginar, faz aumentar as discussões sobre a legitimidade e a capacidade institucional do Judiciário para a concretização dos direitos sociais, diante do impacto causado sobre as políticas públicas pelo total de litígios.

Tribunais de alguns outros países adotam o modelo *procedimental*, mostrando-se contrários à concretização individual dos direitos sociais e procedendo a uma abordagem baseada na razoabilidade do procedimento administrativo de tomada de decisão. É o caso da Corte Constitucional da África do Sul, em que se exige que o Poder Público justifique suas ações para que se verifique se procedeu de forma razoável para a concretização dos direitos sociais e econômicos²³².

Os direitos sociais e econômicos foram incorporados pela primeira vez na Constituição sul-africana de 1996, na era democrática pós-*apartheid*, tendo sido previstas as obrigações do Estado para concretizá-los e a possibilidade de o Judiciário fazer cumpri-los. A partir de então, desenvolveu-se a jurisprudência da Corte Constitucional em relação à interpretação destes direitos e à sua forma de execução judicial nos casos concretos. Três questões são suscitadas pela doutrina e jurisprudência sul-africanas neste ponto: a separação dos Poderes, a vagueza das

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, p. 144.

²³⁰FERRAZ, Octavio L. M. Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa, *University of Warwick School of Law*, 2009, p. 12. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1458299>>. Acesso em: 11 dez.2017.

²³¹ Mark Tushnet, em sua obra *Weak Courts, Strong Rights*, trata dos poderes de revisão judicial que devem ser conferidos às Cortes e sustenta que, em comparação à revisão judicial forte, a revisão fraca é igualmente apta para fazer cumprir os direitos e garantias constitucionais, incluindo os direitos econômicos e sociais. O autor cita, como exemplo de revisão fraca, as decisões para que o Estado desenvolva programas para cessar a violação de direitos, sem especificar o modo de implementação, o que estimularia o diálogo entre os Poderes. Por outro lado, prossegue o autor, a revisão judicial forte confere ao Judiciário a “palavra final” e impõe ao Legislativo que proceda conforme a interpretação judicial feita. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 242-248.

²³²EBADOLAH, Mitra. Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. *New York University Law Review*, v.83, issue 5, p.1565-1606, 2008, p.1585-1586.

normas que tratam destes direitos e os custos para sua implementação.²³³ Preocupada com estas questões, a Corte Constitucional do país vem limitando a intervenção judicial para o cumprimento dos direitos econômicos e sociais, o que levou ao desenvolvimento do modelo procedimental da razoabilidade (*reasonableness approach*).

No julgamento do caso Soobramoney pela Corte Constitucional da África do Sul, um homem de meia idade requeria tratamento de diálise renal que lhe havia sido negado administrativamente. A Corte Constitucional entendeu que a decisão do hospital deveria ser considerada razoável, a menos que não fosse baseada em fundamentos racionais ou fosse discriminatória, não adentrando na discussão acerca do acerto ou desacerto da alocação de recursos feita pelas autoridades de saúde. Conclui a Corte, então, ser razoável a negativa do hospital em conceder o tratamento²³⁴.

Naturalmente, quanto mais as Cortes se aproximam do modelo procedimental, diminuem as discussões sobre sua legitimidade e capacidade institucional e, ao adotar o modelo acima, a Corte da África do Sul nitidamente mostra preocupação com tais questões e escolhe uma postura mais deferente²³⁵. Por outro lado, este modelo judicial é criticado por trazer poucos benefícios concretos para os litigantes e por não responder adequadamente a interesses vitais dos indivíduos. Ademais, argui-se que o papel distintivo da execução judicial dos direitos não seria simplesmente chamar a atenção para a falta de uma justificativa para a política do governo, entretanto, por meio do foco na noção processual de "razoabilidade", limitar-se-ia o papel dos Tribunais a este e permite-se-ia uma abdicação de sua responsabilidade de dar um significado substancial aos direitos socioeconômicos²³⁶.

Nesse cenário de maior ou menor intervenção judicial na concretização dos direitos, surge o dilema proposto por Frank Michelman e estudado por Octavio

²³³ EBADOLAH, Mitra. Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. *New York University Law Review*, p.1579.

²³⁴ EBADOLAH, Mitra. Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. *New York University Law Review*, p.1580-1582. O caso é identificado na jurisprudência sul-africana como *Soobramoney v Minister of Health, Kwazulu-Natal*, 1998 (1) SA 765 (CC).

²³⁵ FERRAZ, Octavio L. M. Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa, *University of Warwick, School of Law*, p. 8.

²³⁶ BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford University Press, 2007.

Ferraz²³⁷. Diante da vagueza do conteúdo dos direitos sociais e da existência de desacordo razoável sobre o seu conteúdo, o Judiciário deve ter cautela ao substituir a interpretação feita pelas autoridades eleitas pela sua própria interpretação sobre o conteúdo dos direitos, razão pela qual a utilização de remédios judiciais fortes para impor sua interpretação atraem a acusação de “usurpação”. No entanto, diante da visão geral de que as Cortes são guardiães dos direitos constitucionais, a abstenção na utilização de remédios fortes quando julgam os direitos sociais atrai a acusação de “abdicação”.

Um modelo fortemente deferente pode abrir o caminho para um total desrespeito dos direitos sociais pelas autoridades de saúde, sobretudo em países como o Brasil e a África do Sul, com altos índices de corrupção e de descumprimento de seus deveres constitucionais. Por outro lado, permitir que os Tribunais contestem as decisões de alocação das autoridades eleitas e de especialistas não parece a saída mais acertada, sobretudo porque as decisões judiciais não têm dado atenção à distribuição de recursos e aos impactos das decisões²³⁸.

Pois bem. No cenário atual da judicialização da saúde no Brasil, em que a execução individual esbarra em limitações orçamentárias impostas pela realidade concreta e produz consequências negativas para o SUS e para o conjunto da sociedade que dele se utiliza, é possível pensar em um outro modelo judicial para a concretização do direito à saúde?

Tratando especificamente sobre a definição de prioridades em saúde, os professores norte-americanos Norman Daniels e James Sabin²³⁹ propõem uma teoria, chamada de *accountability for reasonableness* (ou *accountability* para a

²³⁷ Ferraz propõe o dilema com base no trabalho de Frank Michelman, que pode ser assim sintetizado: “By constitutionalizing social rights, the argument often has run, you force the judiciary to a hapless choice between usurpation and abdication, from which there is no escape without embarrassment or discredit.” (MICHELMAN, Frank. *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification. International Journal of Constitutional Law*, 2003). FERRAZ, Octavio L. M. *Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa*, p. 6.

²³⁸ FERRAZ, Octavio L. M. *Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa*, p. 16.

²³⁹ DANIELS, Norman; SABIN, James E. *Setting limits fairly: can we learn to share medical resources?* New York, NY: Oxford University Press, 2002; e DANIELS, Norman. *Accountability for reasonableness: Establishing a fair process for priority setting is easier than agreeing on principles. BMJ*, v. 321, p.1300-1301, 25.nov.2000.

razoabilidade²⁴⁰), que busca verificar como as prioridades de saúde são estabelecidas pelas autoridades públicas, a fim de assegurar que a política de assistência à saúde decorra de procedimentos justos que originem escolhas administrativas fundamentadas, publicamente aceitas e que respeitem a equidade. Cuida-se de um critério procedimental de fixação de prioridades pela Administração Pública que pode ser utilizado também pelos órgãos judiciais, sob a forma de um controle procedimental, porém, com características próprias. O ponto será objeto do último capítulo.

Para que possamos analisá-lo, é preciso, antes, examinar com base em que critérios se orienta a fixação de prioridades em matéria de prestação de saúde.

2.9. A escassez de recursos e a fixação de prioridades

A priorização dos recursos disponíveis para as políticas públicas destinadas à promoção e garantia de direitos fundamentais será feita por meio de escolhas que “recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário”²⁴¹. É este um dos pontos mais complexos quanto aos gastos dos recursos públicos. Com efeito, “a Constituição não aponta de forma específica que políticas públicas devem ser implementadas em cada caso. Assim, a questão acaba sendo remetida para a interpretação constitucional de forma ampla (...)”, a qual compete tanto aos agentes públicos como a toda a sociedade²⁴².

Com base nestas premissas, as políticas públicas de assistência farmacêutica se originam de escolhas tomadas por agentes dos Poderes Executivos e Legislativo e são orientadas pelas diretrizes constitucionais do SUS, como a universalidade,

²⁴⁰ Esta tradução é empregada no Brasil desde pelo menos 2010. Cf. YAMIN, Alicia Ely. Rumo a uma prestação de contas transformadora: uma proposta de enfoque com base nos direitos humanos para dar cumprimento às obrigações relacionadas à saúde materna. *SUR*, v. 7, n. 12, p. 99-127, jun. 2010.

²⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, p. 117.

²⁴² A autora cita Peter Haberle (Cf. Peter Haberle, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*, 1997) para destacar a interpretação feita pela sociedade, conforme sua compreensão política, ideológica ou filosófica do texto constitucional. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, p. 118.

integralidade e igualdade²⁴³. Em linhas gerais, elas objetivam garantir a distribuição equitativa dos recursos orçamentários disponíveis e consideram uma série de circunstâncias fáticas, como a eficácia, a segurança e o custo-efetividade dos medicamentos²⁴⁴. Como se supõe, as políticas públicas resultam, inevitavelmente, em uma decisão alocativa e, assim sendo, a demanda judicial por medicamentos não incorporados pelo SUS ou para uso fora dos protocolos clínicos deveria trazer ao debate a fixação das prioridades e o conteúdo da decisão alocativa em políticas públicas.

Não obstante, a intervenção judicial atual, em geral, não busca saber como a decisão alocativa dos recursos foi tomada, preocupando-se apenas em avaliar o seu resultado, ou seja, se há ou não a inclusão do medicamento nas listas do SUS. As decisões limitam-se a afastar a restrição orçamentária como obstáculo à concretização do direito à saúde²⁴⁵. A questão que passa despercebida pela jurisprudência, no entanto, é como alocar recursos públicos de forma justa para satisfazer as necessidades de saúde da população, isto é, como estabelecer prioridades diante de um quadro de escassez.

De um lado, tem-se a definição das prioridades feita por meio de ações e programas públicos e, de outro, a discordância dos litigantes individuais com os critérios para fixação das prioridades estabelecidos pelas autoridades. De fato, em sociedades complexas e plurais que têm que lidar com a limitação de recursos, imperam os desacordos sobre quais devem ser as prioridades no atendimento das políticas de assistência à saúde.

As decisões judiciais favoráveis às pretensões individuais implicam uma alocação de recursos públicos diversa da estabelecida e, conseqüentemente, numa redefinição de prioridades de investimento previstas por especialistas em saúde pública do Executivo ou do Legislativo. Relacionam-se, portanto, diretamente ao debate sobre como estabelecer prioridades diante de um quadro de escassez.

Nesse ponto, duas observações são importantes. Primeiro, o processo de definição das prioridades não pode ser feito de forma alheia aos valores da sociedade e à participação dos cidadãos. Com efeito, a distribuição de recursos

²⁴³ Art. 197 da CRFB. Disponível: <www.planalto.jus.br>. Acesso: 11 dez. 2017.

²⁴⁴ Art. 19-O, p. único e Art. 19-Q, § 2º-inc. I da Lei 8.080/90. Disponível: <www.planalto.jus.br>. Acesso: 11 dez. 2017.

²⁴⁵ Ver a discussão sobre a defesa da “reserva do possível” feita no item 2.4. e a análise da jurisprudência no item 2.6

nesta área requer que se leve em consideração o que a sociedade pensa sobre questões normativas, como a vida e a saúde. É nesse sentido que “os indivíduos são chamados a participar no debate como cidadãos em vez de consumidores individuais, pelo que a perspectiva adotada é a da sociedade”²⁴⁶. Daí porque os debates sobre prioridades e alocação de recursos para a assistência à saúde não têm seu *locus* próprio no Judiciário, pois implica em considerações de justiça distributiva, mas, sim, nas esferas políticas e organizações sociais, inclusive com a participação de especialistas de saúde e outros estudiosos do tema. Cuidam-se de escolhas políticas, econômicas e até mesmo morais que originarão políticas públicas de saúde, baseadas, muitas vezes, em critérios técnicos²⁴⁷.

Segundo, ao dispor sobre questões de justiça distributiva, as Cortes teriam que agir como as autoridades de saúde agem ao fixar as prioridades, considerando a escassez de recursos, elaborando cálculos orçamentários, avaliando os impactos para o conjunto da sociedade, embora elas não sejam, a princípio, tecnicamente adequadas para esta atribuição em comparação com os demais Poderes²⁴⁸.

Pois bem. A fixação de prioridades em matéria de prestação de saúde orienta-se por critérios que se baseiam em diferentes fundamentos. Para nosso objetivo, basta analisarmos os critérios materiais²⁴⁹ e os procedimentais, pois se opõem diretamente.

Os critérios substantivos ou materiais especificam as prioridades que devem ser observadas pelo Poder Público nas prestações de saúde, fornecendo, em alguma medida, um conteúdo material para o direito à saúde. Em recente estudo, Ana Paula de Barcellos *et al* dividem, de forma didática, os critérios materiais em conjuntos, conforme sua prioridade quanto (i) ao atendimento a determinadas

²⁴⁶ PINHO, Michaela Moreira. Fórum: racionamento dos cuidados de saúde: problemática inerente. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 24, mar. 2008, p. 692.

²⁴⁷ É nesse sentido o voto do Min. Luis Roberto Barroso no RE 566.471, que reconheceu a repercussão geral da controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

²⁴⁸ Sobre o déficit de informação a que estão sujeitos os órgãos judiciais, ver :VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*, p. 123-125. Ressalta o autor que o déficit de informação ocorre porque as informações relativas aos impactos produzidos pela decisão não são identificadas como juridicamente relevantes; as informações dependem de *inputs* especializados e variados, difíceis de obter com a estrutura bilateral dos processos; e “a avaliação do impacto das decisões distributivas apenas é possível quando essas decisões são somadas conscientemente, ou seja, com vistas ao conjunto da sociedade, e não a certos indivíduos ou grupos de interesse particularmente considerados”. (p. 124)

²⁴⁹ Diversos são os critérios materiais propostos e uma exposição detalhada é desnecessária para o objeto deste trabalho, além de demandar uma pesquisa específica sobre o tema. Limitamo-nos a apresentar, em linhas gerais, alguns critérios materiais de definição de prioridades, a fim de que se perceba como sua abordagem é distinta da proposta pelo critério procedimental.

doenças; (ii) ao atendimento a determinados grupos de pessoas; e (iii) ao fornecimento de determinados tratamentos²⁵⁰. Por sua vez, os critérios procedimentais preocupam-se com as condições necessárias para o processo de fixação de prioridades, condições estas que confeririam legitimidade à decisão tomada pela autoridade pública.

Começamos pelo primeiro critério material. A priorização do atendimento a determinadas doenças significa que a alocação de recursos públicos dará preferência ao seu tratamento e prevenção, normalmente em razão do impacto da patologia sobre os pacientes e sobre a coletividade. Uma das aplicações deste critério envolve a priorização de doenças que geram dores crônicas, como defendem Goldberg e McGee, já que estas, além de prejudicarem o bem-estar físico e mental do indivíduo, acarretam consequências negativas para o trabalho e para suas relações sociais e pessoais. Os autores destacam que as doenças crônicas são multifacetárias e estão ligadas ao meio social e econômico em que os indivíduos trabalham e vivem, o que constitui uma relevante razão para que elas sejam prioridade no sistema de saúde.²⁵¹

Já a priorização no atendimento a determinados grupos de pessoas enfatiza parâmetros relacionados a características individuais, como a idade, o sexo e o *status* social²⁵². Nessa linha, Ana Paula de Barcellos *et al* destacam que grupos de pessoas vulneráveis por diferentes razões, como a pouca idade, a senilidade, a maternidade, a pobreza e a deficiência, poderiam ser usados como justificativa para um maior cuidado pelo Poder Público, conferindo-lhes preferência na alocação de

²⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; FLORENTINO, Juliana; SOUZA, Sérgio de; e BIANCO, Tício Bianco. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 2, p.457-483, mai.ago 2017, p. 460. Além dos critérios materiais, o estudo apresenta os procedimentais, que tratam das exigências a serem observadas no processo de fixação de prioridades, baseados na *accountability* para a razoabilidade de Daniels e Sabin, bem como do chamado “multicritério” (*multiple criteria decision analysis* - MCDA), que tenta integrar a aplicação de vários critérios simultaneamente. A análise do multicritério é complexa e desnecessária para os fins deste trabalho. Sobre o MDCA, ver: PEACOCK, Stuart; BALTUSSEN, Rob; IJZERMAN, Maarten Joost; BOYSEN, Meindert; Kalo, Zoltan; THOKALA, Praveen; LONGRENN, Thomas; MUSSEN, Filip; WATKINS, John; DEVLIN, Nancy; MARSH, Kevin. *Multiple Criteria Decision Analysis for Health Care Decision Making*. Emerging Good Practices Task Force. *Value in Health*, v. 19, p.1-13, 2016.

²⁵¹ GOLDBERG, Daniel S.; MCGEE, Summer J. Pain as global public health priority. *BMC Public Health*, v. 11, p. 1-5, 2011, p. 1.

²⁵² DIEDERICH, Adele; WINKELHAGE, Jeanette; WIRSIK, Norman. Age as a Criterion for Setting Priorities in Health Care? A Survey of the German Public View. *PLoS ONE*, v.6, issue 8, 2011, p.8. Disponível em: < <https://doi.org/article/db74aed071a2489db5080b4ddc971f0a>>. Acesso: 11 dez. 2017.

recursos. No entanto, os autores deixam claro que é controversa a adoção de critérios ligados a características individuais para o estabelecimento de prioridades em matéria de saúde²⁵³.

Com efeito, a doutrina destaca que o estabelecimento de prioridades na assistência à saúde, ao tratar determinados doentes ou certas doenças de forma preferencial, traz à discussão não apenas aspectos puramente técnicos, mas também julgamentos e dilemas morais. E é certo, nesse ponto, que não há consenso entre os estudiosos acerca do conceito de justiça distributiva em saúde. Por consequência, os diversos critérios materiais de priorização se relacionam a diferentes princípios, cada um com justificativas próprias²⁵⁴.

Por exemplo, o princípio utilitarista defende a eficiência como regra de decisão para a distribuição dos recursos, relacionando-se aos critérios que priorizam a idade, em especial quando conjugados à eficiência do tratamento. Por outro lado, o princípio da distribuição de acordo com o mérito sustenta que algumas características dos indivíduos devem ser priorizadas na alocação dos recursos, aproximando-se dos critérios que consideram o estilo de vida do indivíduo e a influência de seus hábitos para a causa de suas doenças. E ainda, a distribuição de acordo com o princípio da necessidade fundamenta os critérios que priorizam a renda ou deficiências físicas do doente, buscando a igualdade material²⁵⁵.

Por fim, o terceiro conjunto de critérios prioriza determinados tratamentos a serem disponibilizados pelo Poder Público. Aqui, a fixação de prioridades conta com a contribuição da economia, a qual enfatiza a avaliação de custos e benefícios econômicos dos tratamentos a serem incluídos no sistema de saúde. Sob esta ótica, valoriza-se o resultado do tratamento, por meio da comparação do seu custo com a sua efetividade, dando origem ao chamado “custo-efetividade” do tratamento ou medicamento.

A análise do custo-efetividade recebe considerável atenção pelos sistemas de saúde e impulsionou a criação de uma medida de definição de prioridades na saúde pública, o chamado QALY (*Quality-Adjusted Life Year*). O QALY é uma medida que

²⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; FLORENTINO, Juliana; SOUZA, Sérgio de; e BIANCO, Tício Bianco. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Revista Direito GV*, p. 465.

²⁵⁴ PINHO, Michaela Moreira. Fórum: racionamento dos cuidados de saúde: problemática inerente. *Cadernos de Saúde Pública*, p. 691.

²⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; FLORENTINO, Juliana; SOUZA, Sérgio de; e BIANCO, Tício Bianco. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Revista Direito GV*, p.467-468.

incorpora as duas principais dimensões da saúde: mortalidade (ganhos em quantidade) e morbidade (ganhos em qualidade), e mede os anos de boa saúde (ano saudável) ganhos em razão de cada tratamento de saúde²⁵⁶. A partir disto, compara-se a quantidade de QALYs prevista para determinado tratamento e o custo dele, a fim de nortear sua disponibilidade no sistema de saúde.

Da mesma forma que nos critérios anteriores, a aplicação do custo-efetividade do tratamento como critério de priorização também é controversa, pois o princípio utilitarista de maximização dos ganhos, utilizado por este critério, nem sempre é compatível com a distribuição dos benefícios considerada desejável pela sociedade²⁵⁷.

Apresentados os principais conjuntos de critérios materiais, constata-se que a definição das prioridades em saúde é uma matéria complexa, sujeita a diferentes critérios de decisão, cada um com razões próprias. As decisões administrativas que implicam a inclusão ou a exclusão de pacientes da concessão de serviços de saúde, ou a inclusão ou exclusão de medicamentos e tratamentos, envolvem escolhas quanto à fixação de prioridades, sobre as quais não há consenso. Por isso, retomamos as duas observações iniciais que fizemos neste tópico acerca da substituição judicial destas escolhas.

Feitos os esclarecimentos pertinentes, vejamos como o influxo do pragmatismo jurídico na interpretação e concretização judicial do direito à saúde permite pensar em uma alternativa à postura atual da jurisprudência: o modelo judicial baseado no critério procedimental de Daniels e Sabin.

²⁵⁶PINHO, Michaela Moreira. Fórum: racionamento dos cuidados de saúde: problemática inerente. *Cadernos de Saúde Pública*, p. 692.

²⁵⁷PINHO, Michaela Moreira. Fórum: racionamento dos cuidados de saúde: problemática inerente. *Cadernos de Saúde Pública*, p. 692.

3 O CONTROLE PROCEDIMENTAL: UMA RESPOSTA PRAGMÁTICA À EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1. O influxo do pragmatismo jurídico nos litígios de saúde

A ausência em nossa Suprema Corte de uma jurisprudência com critérios e parâmetros precisos e seguros que permitam racionalizar a atuação do Poder Judiciário nas demandas de saúde se reflete nas decisões dos demais Tribunais e juízos de primeiro grau, colaborando com o recrudescimento da judicialização.

O cenário desenhado pelas demandas por medicamentos em face da União e de diversos Estados, que nos permitiu identificar o quanto é gasto, em que é gasto e quem é beneficiado, demonstra que a maior parte dos órgãos judiciais brasileiros está alocando uma quantidade crescente de recursos públicos para o cumprimento de decisões que interpretam o direito à saúde como um direito individual a receber

medicamentos nas mais diversas situações, com fundamento geral no art. 196 da CF, socorrendo-se de remédios fortes²⁵⁸.

Trata-se de uma visão que, além de desconsiderar as políticas públicas, restringe a saúde aos cuidados médicos e a isola de seu contexto socioeconômico e ambiental mais amplo²⁵⁹, o que conflita com o conceito de direito à saúde adotado pela Organização Mundial da Saúde em seu preâmbulo: "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade"²⁶⁰.

Se essa visão tem, de um lado, a vantagem de, com Dworkin, levar o direito à saúde a sério²⁶¹, pois demonstra a preocupação dos juízes com a eficácia dos direitos sociais, de outro, ela dá pouco relevo ao fato de que a implementação destes direitos exige dispêndio de recursos escassos e insuficientes para atender a todas as necessidades. Em um cenário ideal – e irreal –, haveria o fornecimento de todos os medicamentos e de todos os tratamentos a todas as pessoas, cabendo ao Poder Judiciário a imposição do cumprimento.

Contrariamente à perspectiva dominante, marcada pelo idealismo, o pragmatismo jurídico volta seu olhar para a realidade²⁶². Os dados empíricos dos estudos demonstraram que um direito à saúde ilimitado, ainda que restrito à assistência farmacêutica, não produz resultados desejáveis para um sistema de saúde universal e igualitário, seja do ponto de vista financeiro e administrativo, seja com relação aos medicamentos concedidos e aos litigantes beneficiados. O aumento da demanda por cuidados com saúde e a escassez de recursos impõem o

²⁵⁸Ver item 2.8 do Capítulo 2.

²⁵⁹ FERRAZ, Otávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009, p.224.

²⁶⁰Ver Constituição da Organização Mundial de Saúde. Disponível em: < <http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

²⁶² A associação entre pragmatismo e realidade é feita ao longo do Capítulo I, ao qual remetemos o leitor. Para uma apertada síntese, destacamos as lições de José Eisenberg e Thamy Pogrebinschi: “Esses três elementos, com efeito, indicam as características essenciais que diversos autores reconhecem no pragmatismo: o antifundacionalismo, o conseqüencialismo e o contextualismo. O conseqüencialismo, ou instrumentalismo, faz-se notar pelo enraizamento do direito na prática e no conhecimento tácito. O contextualismo evidencia-se ao se julgar essas práticas e o conhecimento delas a partir de quão bem produzem resultados desejáveis em situações problemáticas. Por fim, ser pragmatista em direito significa entender o que define uma teoria, negativamente, como fundacionalista: sua generalidade e abstração, que a tornam impraticável”. POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e Política. *Revista Novos Estudos Cebrap*, n. 62, p.107-121, mar. 2002, p.109.

estabelecimento de prioridades por meio de políticas públicas, exigindo que os custos e as possibilidades reais de implementação sejam considerados.

Sob esta ótica, Flavio Galdino é preciso ao afirmar que “(...) tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos recursos públicos”²⁶³. Ressaltando a importância da atenção à realidade, destaca o autor:

Assim sendo, a realidade finalmente projeta raios de luz sobre o antes hermeticamente fechado pensamento jurídico e seu produto, o ‘mundo jurídico’. O operador jurídico, ainda sem conseguir incluir na medida necessária a realidade em seu espectro de considerações, passa a ter em conta ao menos as impossibilidades materiais das prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações estejam expressamente previstos no texto constitucional e, nesta qualidade, sejam objeto de reconhecimento em sede jurisdicional.²⁶⁴

É sob este pano de fundo que defendemos o influxo do pragmatismo jurídico na atuação dos órgãos judiciais em relação às demandas de saúde que pleiteiam assistência farmacêutica, impondo uma postura diversa, mais compromissada com a realidade e com os resultados práticos das decisões. Acredita-se, neste trabalho, que o pragmatismo jurídico desenvolvido por Richard Posner e estudado por Thamy Pogrebinski²⁶⁵ pode orientar a atuação dos órgãos judiciais na concretização do direito à saúde. Assim, sugere-se que boa ferramenta para o juiz pragmatista seria a adoção do critério procedimental baseado na *accountability for reasonableness* (ou *accountability* para a razoabilidade) de Norman Daniels e James Sabin²⁶⁶, como uma alternativa para o controle jurisdicional predominante no Brasil. Importa-nos, neste momento, justificar, com fundamento no pragmatismo jurídico, a necessidade de adoção de uma nova postura e a postura específica sugerida.

De início, uma observação essencial. Primeiro, é preciso saber os limites textuais e materiais impostos pela norma constitucional²⁶⁷.

²⁶³ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 210.

²⁶⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 191.

²⁶⁵ Remetemos o leitor ao Capítulo I, ao longo do qual discorre-se sobre diversas obras dos citados autores, com especial ênfase para: POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005 e POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

²⁶⁶ DANIELS, Norman, SABIN, James E. *Setting limits fairly: can we learn to share medical resources?* New York, NY: Oxford University Press, 2002.

²⁶⁷ A maior preocupação com as consequências práticas das decisões não descuida dos sentidos possíveis da norma jurídica, como deixa claro o Ministro Barroso no voto proferido no HC 126292/SP, no qual utilizou-se de fundamentos pragmáticos: “Dentro dos limites e possibilidades dos textos

Se, por um lado, a Constituição Federal previu no art. 196 o direito à saúde como um “direito de todos e dever do Estado”, por outro, estabeleceu que ele é 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”. Para a concretização do direito à saúde, a Lei Maior conferiu espaço para que os gestores públicos e legisladores, por meio de políticas sociais e econômicas²⁶⁸, façam as escolhas necessárias ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

A previsão constitucional da garantia do direito à saúde por meio de políticas públicas permite que o Poder Público faça escolhas adequadas à realidade e às necessidades de cada momento. Indo na contramão das políticas públicas, a interferência judicial desordenada “tem dado margem à perturbadora coexistência entre a notória precariedade da rede pública de saúde e tratamentos milionários custeados por determinação judicial”²⁶⁹, impedindo a execução das políticas existentes no SUS e o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Além disso, o artigo 197 da CF determina que a regulamentação das ações e serviços de saúde no âmbito do SUS devem constar em legislação específica. Desta forma, embora a saúde constitua um direito de todos e dever do Estado, a exigência de legislação constitui uma opção do Constituinte que não pode ser ignorada pelos

normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”. De forma similar, José Vicente Santos de Mendonça, ao propor seu “princípio” do pragmatismo jurídico relativamente ao poder de polícia, destaca que “Não é possível pretender produzir resultados que não estejam contidos nos sentidos textual e material da Constituição”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*, p. 345.

²⁶⁸Discorrendo sobre realização das políticas públicas para a promoção dos direitos fundamentais, destaca Ana Paula de Barcellos: “A fruição de direitos, com o acesso à educação formal, a prestações de saúde ou a condições habitacionais, envolve diretamente sua promoção, isto é: ações. O ponto é demasiado conhecido e não há necessidade de discorrer sobre ele, salvo por um aspecto fundamental; as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais pressupõem decisões acerca do dispêndio de recursos públicos”. A professora sintetiza: “Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor; (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, p. 115 e 117.

²⁶⁹MENDONÇA, Eduardo. *Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde*. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude-27092016>> Acesso em: 12 dez. 2017.

órgãos judiciais com base exclusiva no princípio do direito à saúde, quando para o caso existirem regras próprias²⁷⁰.

Feitas esta observação, veja-se porque o pragmatismo jurídico justifica a adoção de uma nova postura judicial. Um Direito pragmático busca compreender o direito à saúde no contexto concreto em que ele está inserido, com a visão voltada a buscar soluções para questões práticas. Para que a saúde seja implementada como um direito de todos, de acesso universal e igualitário, a sua concretização não pode desconsiderar os custos de implementação em favor daqueles que estejam na mesma situação dos litigantes e as limitações impostas pela realidade concreta.

Desta forma, a conexão do pragmatismo com o direito a saúde vem da sua incidência na implementação judicial deste direito, a fim de colaborar com o enfrentamento dos impactos indesejáveis gerados pela judicialização e de obter resultados práticos mais justos e universalizáveis.

A atitude pragmática de Posner vem atingir diretamente a prática judicial, sobretudo nos casos difíceis para os quais os precedentes não fornecem uma solução²⁷¹ – como é o caso da fixação de prioridades em saúde e o seu controle jurisdicional. O retrato desenhado pelos estudos dos litígios de saúde no Brasil, com dados numéricos comprováveis, aproxima o Direito do empiricismo e expõe a realidade da judicialização e a necessidade de buscar resultados práticos diversos dos atuais, sendo bem vinda, para esta tarefa, a atitude pragmática voltada para o futuro.

E por que, com base no pragmatismo jurídico, sugere-se a adoção da *accountability* para a razoabilidade como uma alternativa para o controle prevalente hoje? O juiz pragmatista está mais aberto a aceitar contribuições de outros campos de conhecimento do que um jurista convencional estaria²⁷². Ao mesmo tempo, valoriza o caráter instrumental do Direito, pois o olhar prospectivo é próprio do

²⁷⁰É com razão que Humberto Ávila alerta: “Como a Constituição de 1988 é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência para editar regras legais, sempre que esse Poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas”. E conclui: “O que ele, porém, não pode fazer é simplesmente desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo do princípio democrático, mesmo que com base em princípios que pretende “otimizar”. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, n. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009, p.18. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 12 dez.2017.

²⁷¹Sobre o tema, ver, principalmente, os itens 1.5.2 e 1.5.3 do Capítulo 1.

²⁷² POSNER, Richard. A. *Law, Pragmatism and Democracy*, p.76-77.

consequencialismo, por meio da antecipação das consequências e da busca pelo melhor resultado possível para a sociedade²⁷³. Nesse sentido, a adoção do critério procedimental de Daniels e Sabin afigura-se como uma estratégia pragmática do juiz, o qual, ao invés de discutir o conteúdo das políticas públicas de saúde, preocupa-se com os requisitos a serem cumpridos no procedimento de fixação de prioridades para que haja a repartição dos recursos para uma alocação justa, que produza resultados desejáveis para todos, litigantes ou não.

Nos últimos anos, com a criação da CONITEC, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, pela Lei 12.401/2011, um órgão responsável pela avaliação de tecnologias em saúde que segue um procedimento administrativo aberto à participação popular, o controle procedimental torna-se mais justificável, pois desde então foi facilitada a supervisão do procedimento administrativo e de suas razões, bem como a prestação de contas da atuação, tema que veremos com detalhes adiante. A proposta, como o nome diz, estimula a *accountability*²⁷⁴, ao tornar explícitas as razões adotadas pelas autoridades de saúde.

Com isto não se pretende – é bom que se esclareça – tornar o Judiciário um “mero carimbador de decisões políticas”²⁷⁵; veremos que o controle procedimental estudado não o reduz a este papel antirrepublicano. Se os órgãos judiciais pretendem prosseguir com o controle individual da forma como é feito atualmente, é imprescindível a verificação dos custos e recursos disponíveis, aspectos que, no entanto, vêm sendo desconsiderados pela jurisprudência.

O pragmatismo jurídico vem, portanto, aproximar o constitucionalismo da realidade. A utilização do pragmatismo jurídico como teoria normativa da decisão judicial, orientando a atuação do intérprete, pode auxiliar no enfrentamento das injustiças decorrentes da distribuição de medicamentos pela via judicial e na legitimação da intervenção do Poder Judiciário na assistência farmacêutica, por

²⁷³POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*, p.39 e 47.

²⁷⁴ Conforme explica Mark Bovens *et al*, a definição da palavra “accountability” varia na literatura e, em geral, é um conceito que transmite a ideia de transparência e confiabilidade. Diversos idiomas, como português, francês, espanhol e alemão, não possuem uma tradução exata. Em sentido amplo, o conceito foca no agente e na sua “responsividade”, ou seja, no seu “senso de responsabilidade”, na ação transparente, justa e equitativa. Em um sentido mais restrito, a “accountability” é vista como um mecanismo social que permite que um autor seja responsável perante um fórum, relacionando-se à ideia de governo democrático. BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does Public Accountability Work? An Assessment Tool. *Public Administration*, v. 86, n. 1, p. 225-242, 2008, p.226-227.

²⁷⁵FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

meio da adoção de uma postura contextual, empiricista e atenta aos resultados práticos. O controle procedimental discutido consiste, assim, em uma resposta pragmática conectada à realidade da judicialização brasileira.

3.2. A *accountability* para a razoabilidade

Em sociedades complexas e plurais que têm que lidar com a limitação de recursos, imperam os desacordos sobre quais devem ser as prioridades no atendimento das políticas de assistência à saúde e sobre qual princípio distributivo utilizar - utilitarismo, igualitarismo, liberalismo etc²⁷⁶. Neste cenário, em meio a diferentes perspectivas acerca da definição de prioridades em saúde, uma delas volta sua atenção para o processo de tomada de decisão da autoridade pública, constituindo o critério procedimental.

Na tentativa de fornecer uma resposta para esta questão, a literatura norte-americana passou a defender que, na ausência de consenso, a definição de prioridades deve centrar-se no desenvolvimento de processos justos e publicamente aceitáveis que observem condições que garantam a legitimidade da decisão. Em outras palavras, acredita-se ser essencial que a política de assistência à saúde decorra de procedimentos justos que originem escolhas administrativas fundamentadas e que respeitem a equidade.

É esta a abordagem feita por Norman Daniels e James Sabin, segundo a qual a legitimidade dos limites e das prioridades na assistência à saúde envolve não apenas quem tem a autoridade moral para estabelecê-las, mas como elas são estabelecidas²⁷⁷. Trata-se do principal modelo de justiça procedimental para sistemas de saúde aplicado na definição de prioridades²⁷⁸.

Para os autores, a ênfase deve ser nas necessidades da população como um todo e a divisão de recursos deve decorrer de um procedimento publicamente aceito e fundamentado. Sob esta perspectiva, a justiça de um sistema de saúde deve ser

²⁷⁶Ver itens 2.8 e 2.9 do Cap 2.

²⁷⁷DANIELS, Norman; SABIN, James E. *Setting limits fairly: can we learn to share medical resources?* New York, NY: Oxford University Press, 2002; e DANIELS, Norman. *Accountability for reasonableness: Establishing a fair process for priority setting is easier than agreeing on principles*. *BMJ*, v. 321, p.1300-1301, 25 nov.2000.

²⁷⁸FRIEDMAN, Alex. *Beyond accountability for reasonableness*. *Bioethics*, v. 22, p.101–112, 2008, p. 102.

analisada de acordo com a justiça do procedimento por meio do qual as decisões são tomadas, e não de acordo com algum princípio de justiça distributiva²⁷⁹.

O processo justo proposto objetiva a realização da *accountability* pública, dirigida aos organismos que alocam recursos para a satisfação das necessidades de saúde. Mais especificamente, aplica-se aqui o que os autores chamam de *accountability for reasonableness* (ou *accountability* para a razoabilidade), que tem como elementos fundamentais a transparência sobre os fundamentos da decisão, o uso de razões que todos devem aceitar como relevantes para a satisfação das necessidades de saúde e a possibilidade de revisão destas decisões²⁸⁰.

A principal idéia que sustenta esta teoria é que as pessoas justas e razoáveis (*fair-minded*) são capazes de concordar com as razões do estabelecimento das prioridades quando percebem que ele transcorreu com justiça e equidade para atender as necessidades de saúde²⁸¹.

Os autores tornam mais clara a noção de *accountability* para a razoabilidade estabelecendo quatro condições²⁸²: (i) condição de publicidade, segundo a qual as razões das decisões importantes que definem limites para necessidades de saúde devem ser acessíveis ao público; (ii) condição de relevância, que determina que os motivos destas decisões devem constituir uma explicação razoável de como se procura conferir valor ao dinheiro (“*value for money*”) para atender os diversos cuidados de saúde de uma determinada população, consideradas as limitações de recursos; (iii) condição de revisão, a qual exige que haja mecanismos de revisão e aprimoramento das políticas públicas diante de novas evidências ou argumentos trazidos; e (iv) condição regulatória, que prevê a regulação pública do procedimento de tomada de decisão para garantir que todas as condições anteriores sejam observadas.

Trata-se de uma abordagem baseada na teoria democrática. A observância destas condições retiraria as decisões sobre as necessidades de saúde da “caixa

²⁷⁹ DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117. O livro *Just Health*, posterior à publicação inicial da teoria da *accountability for reasonableness* de Daniels e Sabin, enfatiza que se cuida de uma teoria que integra a justiça e a saúde da população, que pode ser aplicada para orientar a prática em saúde nos Eua e no exterior.

²⁸⁰ DANIELS, Norman, SABIN, James E. *Setting limits fairly: can we learn to share medical resources?*, p.45-46.

²⁸¹ DANIELS, Norman. *Accountability for reasonableness: Establishing a fair process for priority setting is easier than agreeing on principles*. *BMJ*, p. 1301.

²⁸² DANIELS, Norman, SABIN, James E. *Setting limits fairly: can we learn to share medical resources?*, p.45-46; e DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*, p. 118-119.

preta” e as tornariam acessíveis à sociedade, conectando-as a um “processo democrático deliberativo e educativo mais amplo”²⁸³. De fato, tais condições ajudam a conferir legitimidade às decisões da administração pública, já que elas passam a se ver – e a serem vistas - como colaboradoras do processo democrático. É neste sentido que a *accountability* para a razoabilidade auxilia na legitimação e na justiça na tomada das decisões alocativas sobre a definição das prioridades na assistência à saúde.

Desta forma, a *accountability* para a razoabilidade pode colaborar para educar os tomadores de decisão acerca dos aspectos indispensáveis relativos a uma decisão justa, ao mesmo tempo em que facilita e estimula a aprendizagem social sobre o estabelecimento de prioridades em saúde e os limites dos recursos orçamentários, permitindo um processo de deliberação pública²⁸⁴.

Não é difícil imaginar porque a tomada de decisões alocativas origina problemas de legitimidade. Sendo as escolhas feitas em situações de escassez, surgem desacordos morais e conflitos sobre a eleição de prioridades, podendo resultar tanto em resistência quanto em desconfiança da sociedade. Em resposta, pode-se reivindicar a legitimidade das autoridades públicas de duas formas: com fundamento em sua *expertise*, que baseia-se na capacidade do órgão para compreender e cumprir sua tarefa, ou na utilização de um procedimento justo, que baseia-se na existência de uma conexão entre equidade de processo, legitimidade e aceitação pública das decisões, independente de qualquer resultado substantivo.²⁸⁵ A *accountability* para a razoabilidade fundamenta-se na segunda forma.

Uma observação final. Não seria inapropriado cogitar-se alguma semelhança entre o critério procedimental aqui estudado e o conceito de razão pública do filósofo político John Rawls²⁸⁶. Sem qualquer pretensão de analisar detidamente sua teoria, vejamos em apertadíssima síntese o que propõe o autor.

²⁸³ DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*, 2008, p. 119.

²⁸⁴ SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: accountability for reasonableness and the judicial model of procedural justice. *Health Economics, Policy and Law*, n.6, p. 469–488, 2010, p. 472.

²⁸⁵ SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: accountability for reasonableness and the judicial model of procedural justice. *Health Economics, Policy and Law*, p. 471.

²⁸⁶ Para Rawls, a razão pública faz parte de uma concepção de sociedade democrática bem ordenada e é estruturada a partir de cinco aspectos basilares: “(1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (funcionários do governo e candidatos a cargo público); (3) seu conteúdo como dado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas a serem decretadas na

O pluralismo, característico das sociedades contemporâneas, é resultado da cultura de instituições livres e constituído pela convivência de doutrinas abrangentes razoáveis. Como “os cidadãos percebem que não podem chegar a um acordo ou mesmo aproximar-se da compreensão mútua com base em doutrinas abrangentes irreconciliáveis”²⁸⁷, o filósofo político recorre ao chamado consenso sobreposto (*overlapping consensus*) para alcançar o acordo entre doutrinas abrangentes, consenso este que propõe a unidade social na democracia a partir do conceito político de justiça. Trata-se de um ideal que se aplica a juízes, legisladores, executivos, funcionários do governo e candidatos aos cargos públicos e que facilita aos cidadãos a escolha de princípios políticos razoáveis, com base no critério de reciprocidade, por meio do qual possam dar e receber razões. A justificativa é simples: “os cidadãos, naturalmente, divergirão quanto a quais concepções de justiça política consideram razoáveis, mas concordarão que todas são razoáveis ainda que minimamente”²⁸⁸.

De fato, a ideia de dar e fornecer razões aceitas por todos nas sociedades plurais e que tenham aderido ao consenso poderia ser aplicada nos procedimentos de fixação de prioridades em saúde. No entanto, a razão pública de Rawls fundamenta-se numa ampla concepção política de justiça com elementos próprios, que pode orientar o debate público em geral relativo a questões básicas de justiça. Por outro lado, a teoria de Daniels e Sabin dirige-se especificamente à fixação de prioridades em saúde, motivo pelo qual reputamos seu estudo mais adequado ao objetivo deste trabalho.

3.3. Como aplicar a teoria em juízo?

Quais os desafios de traduzir a teoria da *accountability* para a razoabilidade para a aplicação judicial quando as decisões de alocação de recursos são submetidas ao Judiciário? Em outras palavras: qual é o reflexo da adoção desta teoria para o papel do Judiciário diante dos processos de saúde? Com base nela, os

forma de lei legítima para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados das suas concepções de justiça satisfaçam o critério de reciprocidade.” RAWLS, John. *O direito dos povos e A ideia de razão pública revista*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 175.

²⁸⁷ RAWLS, John. *O direito dos povos e A ideia de razão pública revista*, p. 17

²⁸⁸ RAWLS, John. *O direito dos povos e A ideia de razão pública revista*, p. 180

elementos procedimentais da decisão das autoridades de saúde seriam o componente central da decisão proferida pelos órgãos judiciais²⁸⁹, e, assim, o controle jurisdicional sobre as políticas de assistência farmacêutica e sobre a alocação de recursos assumiria a forma procedimental. De modo similar, Daniel Wang, ao discutir se a litigância judicial atual promove justiça, enfatiza que, para saber se a intervenção judicial em decisões alocativas torna o sistema de saúde mais justo, é preciso saber se os Tribunais promovem ou prejudicam o procedimento estruturado por Daniels e Sabin²⁹⁰.

A atuação dos órgãos judiciais com base na teoria em tela pode ser discutida como uma alternativa ao dilema entre a usurpação, decorrente da utilização de remédios judiciais fortes em demandas individuais, e a abdicação, resultante da utilização de um controle procedimental nos moldes do da África do Sul²⁹¹, trazendo uma visão com outras nuances para a intervenção judicial.

Como pontua Keith Syrett, esta forma de controle facilita a obtenção de legitimidade. Segundo o autor, os julgamentos podem tornar o processo de tomada de decisão administrativa mais aceitável para as partes interessadas e para a sociedade em geral, na medida em que analisa - e, se for o caso, comprova - se as autoridades de saúde agiram conforme princípios de "boa administração" relativos à transparência, participação e prestação de contas²⁹².

Conforme se espera, o controle procedimental com base na *accountability* para a razoabilidade pode reduzir as objeções feitas contra a concretização judicial dos direitos sociais, como o tratamento desigual entre litigantes e demais usuários e a ausência de capacidade institucional e de legitimidade, na medida em que pode

²⁸⁹ SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: accountability for reasonableness and the

judicial model of procedural justice. *Health Economics, Policy and Law*, p. 473.

²⁹⁰ WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*. Tese de Doutorado (Department of Law). The London School of Economics and Political Science, Londres, 2013, p.13.

²⁹¹ MICHELMAN, Frank. The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification. *International Journal of Constitutional Law*, 2003; FERRAZ, Octavio L. M. Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa, 2009, p. 6. Ver também item 2.8 do Capítulo 2.

²⁹² SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: accountability for reasonableness and the judicial model of procedural justice. *Health Economics, Policy and Law*, p. 474. Nesta obra, Syrett analisa casos judiciais de alguns países em que houve o escrutínio em relação às decisões de órgãos administrativos que alocam recursos públicos em saúde (Inglaterra e País de Gales, Austrália e Nova Zelândia), todos baseados no *common law*. Syrett demonstra, em síntese, que os Tribunais dos países estudados estão preparados para examinar e criticar o procedimento das decisões administrativas, assim como sujeitar os órgãos decisores à prestação de contas, sem que se envolvam com o conteúdo das decisões.

trazer os benefícios da *accountability*, “exigindo transparência e justificativa; revisando decisões discriminatórias e abusivas, garantindo equidade processual; e corrigindo injustiça em casos concretos”²⁹³.

Logo, o resultado da adoção judicial deste modelo é uma postura mais deferente às escolhas técnicas e democráticas tomadas pelos órgãos competentes, ao mesmo tempo em que se exige que a Administração preste contas de sua atuação. Esta postura incentiva as autoridades de saúde a terem cautela com relação aos procedimentos de tomada de decisão e a aprimorarem-no sempre que as Cortes indicarem falhas e anularem suas escolhas²⁹⁴.

Pretende-se, com isso, que a intervenção judicial pare de substituir a escolha administrativa com relação à fixação das prioridades e alocação de recursos e passe a se concentrar no processo por meio do qual a decisão administrativa é tomada. Assim agindo, os órgãos judiciais asseguram o cumprimento da condição regulativa prevista por Daniels e Sabin. Confira-se:

Nesta análise, poderia plausivelmente argumentar-se que uma revisão judicial da ação administrativa possui potencial para cumprir a quarta condição da “*accountability for reasonableness*”, execução, isto é, regulação para garantir que as outras condições processuais sejam satisfeitas (Syrett, 2002), especialmente se o litígio for visto tanto como deliberativo no tribunal quanto como um catalisador para mais debate público do lado de fora.²⁹⁵

No mesmo sentido, Daniel Wang enfatiza caber aos Tribunais impor a condição reguladora prevista na teoria dos professores norte americanos, executando o papel de garantir que sejam cumpridas as outras condições que tornam o processo decisório justo (publicidade, relevância e revisão):

Assim, se os tribunais controlam a qualidade do processo de tomada de decisão (se é aberto, transparente, com base em provas aceitáveis, razões e princípios aceitos por pessoas razoáveis e com oportunidades para que as partes interessadas revejam a decisão)

²⁹³ WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*, p. 20.

²⁹⁴ Syrett, KEITH. NICE work? Rationing, review and the “legitimacy problem” in the new NHS. *Medical Law Review*, v.10, issue 1, p. 1-27, 2002, p. 24.

²⁹⁵ Livre tradução. No original: “On this analysis, it might plausibly be argued that a judicial review of administrative action possesses the potential to fulfil the fourth condition of *accountability for reasonableness*, enforcement, that is, regulation to ensure that the other procedural conditions are met (Syrett, 2002), especially if litigation is seen both as deliberative in the courtroom setting and as a catalyst for further public debate outside (Syrett, 2007)” (Livre tradução). SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: *accountability for reasonableness and the judicial model of procedural justice*. *Health Economics, Policy and Law*, p. 484.

em vez de alocar, eles próprios, recursos escassos, decidindo se um requerente individual deve ter acesso a um tratamento, eles forçam as autoridades de saúde a fornecer as razões explicitamente e, ao fazê-lo, criam incentivos para decisões justas. Ser capaz de articular os fundamentos de sua decisão torna-se uma estratégia para as autoridades pela qual defendem suas decisões nos litígios. Os tribunais, portanto, atendem ao "princípio regulador" na teoria de Daniels e Sabin: eles asseguram que as outras condições da *accountability for reasonableness* sejam cumpridas.²⁹⁶

Desta forma, importa saber como os órgãos judiciais podem garantir o cumprimento administrativo das outras três condições do processo decisório. A verificação judicial do cumprimento da condição de publicidade incide sobre a transparência do procedimento administrativo, por meio da qual exige-se acessibilidade pública às decisões de definição de limites e de suas razões²⁹⁷. Este mesmo formato pode ser aplicado à condição de relevância. Ela é assegurada pelos órgãos judiciais por meio do controle sobre os motivos das decisões das autoridades de saúde, os quais devem ser relevantes e aceitos por pessoas razoáveis. Em relação à terceira condição, os órgãos judiciais poderiam remediar, de forma eficaz, a inobservância administrativa de recurso ou revisão da decisão, a remetendo para ser reexaminada pela autoridade de saúde²⁹⁸.

Assumindo este referencial, o controle jurisdicional proposto não se dirige especificamente à substância da decisão administrativa que fixa as prioridades, já que isto implicaria em uma intervenção no conteúdo que iria além da verificação da justiça da decisão. O afastamento do controle sobre a substância da decisão estimula um olhar mais atento e crítico do Judiciário sobre os procedimentos de tomada de decisões na assistência farmacêutica, permitindo soluções uniformes para litigantes e demais usuários.

²⁹⁶ Livre tradução. No original: "Thus, if courts control the quality of the decision-making process (whether it is open, transparent, based on acceptable evidence, reasons and principles that are accepted by fair-minded people and with opportunities for interested parties to challenge the decision) instead of allocating scarce resources themselves by deciding whether an individual claimant should have access to a treatment, they force health authorities to ration explicitly and by doing it in this way create incentives for fair decisions. Being able to articulate the reasons for their decision becomes a strategy for authorities by which to defend their decisions in litigation. Courts, therefore, meet the "regulative principle" in Daniels and Sabin's theory: they ensure the other conditions for accountability for reasonableness are fulfilled". (Livre tradução). WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*, p. 18.

²⁹⁷ SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: accountability for reasonableness and the judicial model of procedural justice. *Health Economics, Policy and Law*, p.482.

²⁹⁸ McHALE, Jean V. Reflection on: "SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: accountability for reasonableness and the judicial model of procedural justice". *Health Economics, Policy and Law*, v. 10, issue 4, 2015, p 452.

Trata-se de uma estratégia pragmática porque visa a instruir a atuação dos juízes com os meios para o enfrentamento dos problemas decorrentes da judicialização excessiva. Cuida-se de uma possibilidade interpretativa que se apresenta para casos difíceis, como são as demandas de saúde estudadas, e que pretende produzir resultados desejáveis para todos, litigantes ou não.

3.4. É possível a intervenção judicial baseada na *accountability* para a razoabilidade no Brasil? A assistência farmacêutica como espaço para experimentação

Objetiva-se, a partir de agora, saber como este controle jurisdicional pode ser aplicado, na prática, no Brasil.

De início, uma observação é útil para fins de estudo comparado. A jurisprudência da Inglaterra, berço do modelo de sistema de saúde público e universal, é um recorrente exemplo de aplicação da *accountability* para a razoabilidade, embora os julgados não façam referência expressa à teoria²⁹⁹. Tradicionalmente, o controle inglês sobre as decisões de alocação de recursos em saúde era bastante limitado e as Cortes confiavam que as autoridades haviam tomado as melhores decisões, salvo se fossem absurdas. Esta postura consistia na aplicação do teste *wednesbury unreasonableness*³⁰⁰. Não havia, portanto, disponibilidade ao público sobre os princípios utilizados para excluir determinado tratamento de saúde e nem das razões, inclusive econômicas, que embasaram a decisão que negou a assistência à saúde requerida.

A partir da década de 90, com o julgamento do caso *Child B*³⁰¹, inicia-se uma gradual mudança na jurisprudência inglesa sobre as decisões alocativas de recursos para a saúde, pois os tribunais começaram a exigir das autoridades razões explícitas que embasaram suas decisões, as quais deveriam decorrer de um procedimento

²⁹⁹ A escolha do caso da Inglaterra deve-se ao fato de diversos estudiosos do tema, como Keith Syrett, Daniel Wang e o próprio Norman Daniels reconhecerem influência da teoria *accountability for reasonableness* nas decisões judiciais do país.

³⁰⁰ SYRETT, Keith. *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care: A Contextual and Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 164-165.

³⁰¹ O *leading case* *R v. Cambridge Health Authority, ex parte B* ([1995] 2 All ER 129, [1995] 1 WLR 898) discutia uma decisão administrativa que recusou financiar o tratamento de leucemia de uma menina de 10 anos. O caso é emblemático porque o Justice Laws, um dos membros da Alta Corte (*High Court*), parecia atender às condições de *accountability for reasonableness* ao exigir que as autoridades de saúde “explicassem as prioridades que as levaram a negar o custeio do tratamento” e defender a deferência judicial, desde que houvesse transparência quanto às razões para o estabelecimento das prioridades.

público e transparente que levasse em conta o contexto do caso individual³⁰². Tal postura judicial abriria a possibilidade de a Corte ser um espaço deliberativo e catalizador e, na análise de Daniels e Sabin, tem potencial para ajudar a abordar o "problema da legitimidade"³⁰³.

Voltando o foco para a realidade brasileira, entende-se ser possível, do outro lado do Atlântico, utilizar a teoria da *accountability* para a razoabilidade para fundamentar uma mudança na intervenção judicial das decisões administrativas de saúde. O influxo do pragmatismo jurídico na atuação e argumentação dos órgãos judiciais implica em uma releitura da postura judicial hoje prevalente, a fim de buscar, a partir de dados empíricos, soluções aptas a alcançar melhores resultados práticos para os problemas enfrentados pela judicialização da saúde.

De fato, a fixação de prioridades em matéria de prestações de saúde envolve as opções políticas feitas na Constituição e na legislação, daí a importância do debate social e da publicidade em torno das escolhas administrativas e da alocação de recursos³⁰⁴. Quando o desacordo em torno dos critérios que definem as prioridades é levado ao Judiciário, pleiteando-se prestação não prevista administrativamente, é de suma importância que o magistrado tenha ciência do processo decisório e do debate que transcorreu até ali, ao invés de ele próprio passar a definir as prioridades.

A análise feita acerca da jurisprudência brasileira demonstrou que o argumento da escassez de recursos públicos não é comumente aceito pelos Tribunais para justificar o não cumprimento da prestação de saúde requerida, por mais cara que ela seja. Há, assim, uma descrença na política pública, pois o deferimento pela via judicial deixa claro o entendimento do julgador de que a prestação deveria estar incluída no sistema público de saúde – e, se não está, então há um descumprimento do dever constitucional do Estado. Não é dada atenção, contudo, às razões das autoridades de saúde para a escolha das prioridades e, em muitos casos, acredita-se que as autoridades escondem a sua falta de vontade de melhorar o sistema de saúde por trás do argumento da escassez de recursos.

³⁰² SYRETT, Keith. *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care: A Contextual and Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 170 e 174.

³⁰³ SYRETT, Keith 2007. *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care: A Contextual and Comparative Perspective*, p. 174.

³⁰⁴ MALTA, Débora Carvalho; SILVA, Marta Maria Alves da; ALBUQUERQUE, Geórgia Maria; LIMA, Cheila Maria de; CAVALCANTE, Tania; JAIME, Patrícia Constante; SILVA JÚNIOR, Jarbas Barbosa da. A implementação das prioridades da Política Nacional de Promoção da Saúde, um balanço, 2006 a 2014. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 19, n. 11, p. 4301-4311, 2014, p. 4301.

A este respeito, a *accountability* para a razoabilidade pode ajudar a esclarecer como são geridos os recursos disponíveis para a concretização da assistência à saúde e se há falta de vontade ou incapacidade dos gestores. Ao tornar explícito o procedimento através do qual as prioridades são definidas e as decisões alocativas são tomadas, permite-se que o Judiciário – e também os requerentes – tenham ciência dos motivos das escolhas administrativas e das diversas dificuldades, sobretudo orçamentárias, para o cumprimento de tudo quanto é requerido, e, desta forma, evita-se que os Tribunais tenham a última palavra sobre a assistência à saúde. Assim é que a atuação judicial, ao invés de produzir consequências negativas para o sistema de saúde ao desconsiderar a realidade, contribui para torná-lo menos desigual.

Entretanto, a aplicação da teoria pelo Judiciário exige que as autoridades de saúde, por sua vez, dêem importância ao procedimento de tomada de decisão, assim como o regulamentem. Se não há qualquer atenção da Administração Pública quanto a isto, não há razão para defender-se um controle jurisdicional das condições do procedimento. Sobre os benefícios do uso da teoria de Daniels e Sabin para a definição de prioridades para a saúde em um quadro de escassez de recursos, confira-se as lições de Ana Paula de Barcellos *et al*:

De todo o modo, a proposta de um procedimento para a definição de prioridades para a saúde como a *accountability* para a razoabilidade, calcado nas quatro condições acima listadas, parece ser capaz de produzir resultados justos, precisamente por serem razoáveis e passíveis de ampla aceitação, até mesmo pelas partes que não forem contempladas da maneira que considerem ideal, ou seja, que “saírem perdendo”. Isso é o melhor e o máximo que se pode esperar de um procedimento de alocação de recursos escassos em uma sociedade e em um Estado democráticos.³⁰⁵

Diante destas considerações, questiona-se quais seriam os mecanismos práticos de aplicação da teoria no Brasil. É precisamente neste ponto que interessa o estudo da CONITEC, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, criada pela Lei 12.401/2011.

³⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; FLORENTINO, Juliana; SOUZA, Sérgio de; e BIANCO, Técio Bianco. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 2, p.457-483, maio-ago 2017, p.472.

3.4.1. A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

Inicia-se novamente com uma observação sobre o caso inglês. Analisando o impacto da nova postura judicial, vista no tópico anterior, sobre o sistema de saúde inglês (*National Health System*), Daniel Wang destaca que as Cortes desempenharam um papel central para que as razões das decisões administrativas fossem mais explícitas, em um processo que culminou na criação do hoje chamado *National Institute for Health and Care Excellence* (NICE), em 1999, inspirado pela ideia de *accountability* para a razoabilidade³⁰⁶. Segundo Norman Daniels, o NICE tornou a explicação sobre as razões das decisões sobre a inclusão de novas tecnologias no sistema de saúde parte do seu método de operação³⁰⁷.

O estudo feito por Daniel Wang se debruça também sobre os efeitos da criação do NICE sobre a judicialização. O autor fez algumas constatações. (i) Antes da existência do NICE, os pacientes ajuizavam ações com fundamento na necessidade do tratamento e no dever geral da Administração de fornecer uma ampla atenção à saúde. Após o NICE, os pedidos dos litígios restringiram-se a drogas novas e mais caras que não haviam sido avaliadas pela instituição ou tentavam provar que a restrição do tratamento prevista pelo NICE não se aplicaria ao caso, pois se estava diante de uma exceção à orientação firmada. (ii) Nos casos em que se impugnava uma orientação do NICE que não recomendava o tratamento requerido, os pedidos baseavam-se em questões procedimentais, como a falta de transparência ou justiça no procedimento ou de expertise dos especialistas da instituição. Como tais questões são mais sofisticadas e complexas, as demandas foram ajuizadas por empresas farmacêuticas ou associações de pacientes. (iii) O ônus da prova nos processos de saúde mudou após a criação do NICE, sendo transferido, na maioria dos processos, para o autor da ação. Antes do NICE, os pedidos judiciais baseavam-se na alegação geral de que o sistema de saúde inglês tinha o dever de prestar assistência à saúde e as autoridades, por sua vez, tentavam se desincumbir do ônus de provar que haviam boas razões para não cumprir este

³⁰⁶O NICE possui, dentre outras, as funções de avaliar o uso de novas tecnologias, sejam elas drogas, tratamentos ou dispositivos, com base em uma análise clínica e de custo-efetividade, bem como orientar os cuidados apropriados para pessoas com doenças com base na análise clínica e de custo efetividade. Cf. WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*, p. 194.

³⁰⁷DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*, p. 120-121.

dever em alguns casos. Com a criação do NICE, nas situações em que já havia uma orientação sua, as Cortes consideravam que as razões fornecidas pela Administração eram legítimas, em princípio, e transferiam ônus da prova ao paciente³⁰⁸.

Retornemos à situação brasileira. A criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, instituição que desempenha função similar ao NICE, representa uma reação legislativa ao recrudescimento das demandas por medicamentos não contemplados pelo SUS e deixa claro que as autoridades de saúde são responsáveis por fornecer razões para os afetados por suas decisões, acessíveis a toda a sociedade, pretendendo, com isso, reduzir a interferência dos Tribunais, que pode tornar o sistema de saúde produtor de desigualdade³⁰⁹.

De fato, a judicialização da saúde vem se somar às demais formas de pressão por incorporação de novas tecnologias no SUS, vinda dos laboratórios farmacêuticos, dos pacientes e médicos. A pressão vinda da judicialização desencadeia dois efeitos opostos. Por um lado, o efeito pode ser avaliado como negativo, na medida em que o crescimento dos litígios de saúde tem “desafiado o princípio da equidade, ameaçando a sustentabilidade dos sistemas, deslocando prioridades e gerando riscos à saúde”³¹⁰. Por outro - agora como um efeito positivo - , a pressão decorrente das demandas judiciais indica a visão da sociedade sobre o seu direito à saúde e o que ela quer ver cumprido por um sistema público e universal³¹¹. Ambos os efeitos impulsionaram a reação legislativa que culminou na criação da CONITEC, como se extrai das exposições de motivos das leis.

Veja-se, a partir de agora, (i) a origem e a composição da Comissão; (ii) seus principais objetivos; e (iii) como é o procedimento legal de tomada de decisão.

A antiga Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde (CITEC) foi o órgão que iniciou a institucionalização do processo de incorporação de

³⁰⁸ WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*, p. 216-220.

³⁰⁹ Os projetos de lei originados no Senado de no. 338/2007 e no. 219/2007 que, apreciados em conjunto pelo Congresso Nacional, foram convertidos na Lei 12.401/2011, trazem como justificativa os crescentes litígios de inúmeros usuários de medicamentos não contemplados nas tabelas do Ministério da Saúde e a necessidade de uma solução para este impasse. Ver as justificativas completas dos projetos de lei em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade>>. Acesso em 12 dez.2017.

³¹⁰ CAPUCHO, Helaine Carneiro *et al.* Incorporação de Tecnologias em Saúde no Brasil: novo modelo para o Sistema Único de Saúde. *B/S*, v.13, n. 03, p.1215-1222, 2012, p.1217.

³¹¹ Sobre o tema, cf.:GRYNBERG, Ciro de Almeida. *Democracia Sanitária: o papel da participação na construção do conceito jurídico de saúde*.Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Profa. Dra. Ana Paula de Barcellos. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

tecnologias no SUS. A experiência com a CITEC contribuiu para o avanço das discussões sobre um modelo de processo de incorporação de tecnologias em saúde que tivesse base legal³¹². A CONITEC substituiu a CITEC e tem a atribuição de assessorar o Ministério da Saúde quanto à incorporação e exclusão de novos medicamentos, produtos e procedimentos, à constituição ou alteração dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)³¹³, bem como quanto à atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME e Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES.

A CONITEC é um órgão plural que ampliou a participação da sociedade e do próprio Ministério da Saúde em suas deliberações, contando com 13 representantes que asseguram a participação social, dos Estados, dos Municípios e do Conselho Federal de Medicina³¹⁴. Ela é formada pelo Plenário e pela Secretaria-Executiva. O Plenário é o fórum responsável pela emissão de recomendação sobre incorporação, exclusão ou alteração das tecnologias no SUS, a qual submete-se à consulta pública antes de ser incluída no relatório final. A Secretaria-Executiva emite relatórios técnicos sobre a tecnologia avaliada, considerando as evidências científicas, a avaliação econômica e o impacto da incorporação da tecnologia no SUS³¹⁵.

Aliás, é missão da Secretaria-Executiva da Comissão ser reconhecida “pela excelência na gestão e incorporação de tecnologias em saúde considerando o desenvolvimento tecnológico e as transformações sociais para um Brasil saudável”³¹⁶. Nesse ponto, percebe-se a busca pelo aprimoramento técnico da Comissão, com o objetivo de capacitá-la para sua função, por meio, por exemplo, da promoção de estudos de revisão sistemática, custo-efetividade e análises de impacto orçamentário de tecnologias em saúde.

³¹²CAPUCHO, Helaine Carneiro *et al.* Incorporação de Tecnologias em Saúde no Brasil: novo modelo para o Sistema Único de Saúde. *B/S*, p.1217.

³¹³Art. 19-Q, *caput*, da Lei 8.080/90, incluído pela Lei 12.401/2011.

³¹⁴ Conforme consta na página eletrônica da instituição: “A participação social está presente pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), que reúne representantes de entidades e movimentos de usuários, de trabalhadores da área da saúde, do governo e de prestadores de serviços de saúde. A participação dos Estados e Municípios também está garantida pela representação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS). Ainda, temos a participação do Conselho Federal de Medicina (CFM), como órgão de classe envolvido diretamente com a legitimação das ações e procedimentos médicos, portanto de elevado interesse para as discussões da CONITEC”. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/historico-institucional>>. Acesso: 12 dez. 2017.

³¹⁵ Disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso: 12 dez. 2017.

³¹⁶ Disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>.

Dentre os diversos objetivos da nova instituição, destacam-se três mais relevantes para o enfrentamento da judicialização. Primeiro, qualificar o processo decisório na avaliação de tecnologias em saúde, buscando a promoção e a proteção da saúde da população brasileira, a melhor alocação dos recursos disponíveis e a redução das desigualdades regionais. Segundo, contribuir para a qualificação das decisões judiciais e para a redução da judicialização do direito à saúde no país. Neste segundo objetivo, percebe-se o impacto das decisões dos Tribunais sobre o sistema de saúde, na medida em que a criação da instituição, de forma expressa, destina-se a responder ao recrudescimento dos litígios de saúde. Por fim, dar visibilidade ao processo de gestão e incorporação de tecnologias em saúde³¹⁷.

A Lei 12.401/2011 dispôs também sobre o procedimento legal que embasa os atos da Comissão. A participação social no processo de tomada de decisão é reforçada com a realização de consultas e audiências pública. O procedimento é previsto nos arts. 19-Q e 19-R da Lei 8.080/90 e no Decreto 7.646/2011. Antes da emissão do seu parecer final, os relatórios elaborados pela CONITEC se submetem à consulta pública, em regra, por 20 dias, permitindo o recebimento de contribuições da sociedade civil, das empresas farmacêuticas e de diversas outras entidades. Após analisar as contribuições, a CONITEC encaminha o relatório final à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos – SCTIE, integrante do Ministério da Saúde, a qual decidirá sobre a incorporação e, se a relevância da matéria o justificar, convoca-se audiência pública para obter mais manifestações.

Há, ainda, duas outras mudanças legais que apresentam grande impacto sob a perspectiva dos demandantes: o estabelecimento do prazo de 180 dias para a finalização da análise da proposta, podendo ser prorrogado, no máximo, por mais 90 dias, e a obrigatoriedade de abertura de processo administrativo para a incorporação de medicamentos, instaurado por pessoa física, jurídica ou pelo Ministério da Saúde. O término do prazo sem a conclusão do procedimento, no entanto, não obriga a dispensação do medicamento ou do produto³¹⁸.

³¹⁷ A lista completa de objetivos está disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>.

³¹⁸ A mensagem de veto da Presidente da República em relação à redação proposta para o § 2º do art. 19-R da Lei nº 8.080 é clara: “A incorporação de medicamentos, produtos e procedimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde é precedida de análise quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e relação custo-efetividade, conforme previsto no parágrafo único do art. 19-O do próprio projeto. Sua oferta no Sistema, antes da conclusão da análise pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, pode representar riscos à saúde da população e a aplicação inadequada dos recursos disponíveis, em prejuízo ao atendimento do usuário.” Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

A emissão do relatório da CONITEC sobre a tecnologia considera as evidências científicas sobre sua eficácia, efetividade e segurança, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas³¹⁹. Note-se que o impacto econômico da incorporação do medicamento, produto ou procedimento às tabelas do SUS deve ser considerado na decisão quanto a sua incorporação ou exclusão das tabelas, o que demonstra a importância conferida pela lei ao critério do custo-efetividade³²⁰.

Os relatórios ficam disponíveis na página eletrônica do Ministério da Saúde e podem ser uma ferramenta útil tanto para a população interessada quanto para os magistrados que apreciem demandas sobre o tema. Pretende-se facilitar, assim, a transparência do procedimento. Os dados empíricos sobre a atuação da CONITEC tratados em tópico adiante mostram como tem sido o uso desta ferramenta na prática.

A transparência cumpre, aqui, duas funções relevantes. Primeiro, facilita que seja dada visibilidade ao procedimento legal de gestão e incorporação de tecnologias em saúde, um dos objetivos da instituição, assegurando que as decisões tomadas decorram de um procedimento justo que origine escolhas administrativas fundamentadas. Segundo, permite que informações de qualidade se tornem acessíveis a todos, estimulando a aprendizagem da sociedade sobre o estabelecimento de prioridades em saúde e sobre os limites dos recursos orçamentários, bem como a aproximando da importante – e inevitável – decisão de escolher o melhor modelo de alocação de recursos e uso de tecnologias para o sistema de saúde. A sociedade deixa de ser mera requerente em juízo e passa a participar diretamente do procedimento de escolha sobre a alocação dos recursos para um sistema de saúde que é de todos.

Em suma, o procedimento vigente para a incorporação de tecnologias pretende fomentar a abertura ao diálogo com a sociedade civil, com os entes federativos e

³¹⁹ Art. 19-Q, § 2^o, da Lei 8.080/90, incluído pela Lei 12.401/2011.

³²⁰ Em relação à redação proposta para o art. 19-S da Lei nº 8.080, o qual previa que “o impacto econômico da incorporação do medicamento, produto ou procedimento às tabelas do SUS não poderá motivar o indeferimento da sua incorporação”, destaco novamente a mensagem de veto da Presidente da República: “A incorporação de medicamentos, produtos e procedimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde é precedida de análise quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e relação custo-efetividade, conforme previsto no parágrafo único do art. 19-O do próprio projeto. A exclusão deste último critério pode acarretar prejuízo ao atendimento da população, além de inviabilizar a negociação com fornecedores visando a redução dos custos, com a consequente otimização e racionalização da aplicação dos recursos públicos.” Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

com os órgãos de classe envolvidos com os procedimentos médicos, e promover a transparência e a ampla publicidade, bem como o uso de evidências científicas e critérios claros, o que pode sugerir uma aproximação, em potencial, das condições da teoria da *accountability* para a razoabilidade. Contudo, à luz do pragmatismo jurídico, é preciso verificar concretamente como ocorre a atuação da Comissão, tema abordado em tópico adiante.

O procedimento legal que embasa os atos da CONITEC parece, portanto, ter preparado o terreno para permitir uma mudança na forma como o Judiciário vem julgando as demandas de saúde, abrindo espaço, em tese, para a intervenção com base na aplicação da teoria de que cuida Norman Daniels e James Sabin, com o fim de alcançar melhores resultados, mais justos e legítimos, sobretudo em razão do esperado aprimoramento técnico, do regulamento do procedimento e do aumento do espaço para participação social na tomada de decisão. Some-se a isso que é objetivo expresso da instituição contribuir para a qualificação das decisões administrativas e judiciais e para a redução da judicialização do direito à saúde no país.

O quadro atual da judicialização brasileira, e a criação de uma instituição que visa a contribuir para a qualificação das decisões administrativas sobre incorporação de medicamentos, indica que o momento é oportuno para a valorização do procedimento decisório das autoridades de saúde. A legitimidade das escolhas administrativas é tão mais fortalecida quanto mais elas sejam abertas à participação e ao controle popular e tecnicamente fundamentadas. Concretizando estes ideais, o novo procedimento previsto na Lei 12.401/2011, ao menos potencialmente, pretende fortalecer a legitimidade dos atos da CONITEC e, por conseguinte, estimular a autocontenção judicial. Cite-se, para concluir, as lições de Daniel Wang, para quem a teoria de Daniels e Sabin "surgiu no Brasil como a resposta correta para o aumento dos litígios de saúde, embora sua efetividade não seja garantida, por depender que as Cortes aceitem a legitimidade do novo sistema de avaliação de tecnologia em saúde"³²¹.

³²¹ Livre tradução. No original: "In sum, a rationing scheme along the lines of what was suggested by Daniels & Sabin idea of accountability for reasonableness" has emerged in Brazil as the right response to the increase in health care litigation, although its effectiveness is not guaranteed since it depends on courts accepting the legitimacy of the new health technology assessment system". WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*, p. 110.

Impõe-se, por fim, uma observação essencial sobre a postura judicial em face da atuação da CONITEC. Qualquer análise dos atos da CONITEC não pode desconsiderar o risco de “captura” pelas indústrias farmacêuticas. Embora o tema não seja o objeto central deste trabalho, possui implicações relevantes. A valorização pelo Poder Judiciário do procedimento de avaliação de tecnologias e a consequente postura judicial de autocontenção não podem ignorar a possibilidade de captura da autoridade especializada por interesses privados em detrimento dos interesses da coletividade³²².

É o que pode acontecer em benefício da indústria farmacêutica direta ou indiretamente envolvida na submissão da tecnologia, que viria a ser favorecida por atos administrativos em que houve uma captura da Comissão. Diante desta situação, sobressaem as características institucionais dos Tribunais. A menor capacidade de obter e avaliar informações e o insulamento em relação às pressões que outras instituições sofrem, como órgãos especializados, tendem a conferir aos juízes uma vantagem comparativa que permite uma decisão imparcial para o caso. A princípio, juízes generalistas permanecem distantes das influências - por vezes escusas - de empresas e têm menor risco de favorecê-las, bem como dão a ambas as partes envolvidas na disputa judicial igualdade de oportunidades de levarem ao juízo informações relevantes, o que nem sempre acontece concretamente na fase administrativa de produção da decisão, diante da maior capacidade de mobilização das grandes empresas em relação à coletividade afetada pelo ato³²³. Nestas situações, a imparcialidade dos tribunais lhes confere uma vantagem comparativa para a proteção dos direitos daqueles atingidos pela prática do ato administrativo. O

³²² O debate sobre a “captura” envolve diretamente a discussão sobre capacidades institucionais, tema que foi visto como uma das críticas ao controle judicial apresentadas no item 2.4 do Capítulo II e que extrapola o enfoque principal deste trabalho. Importa, agora, fazer algumas observações adicionais para contextualizar o fenômeno da captura. O controle judicial deferente em relação a decisões sobre matérias tecnicamente complexas proferidas por autoridades administrativas especializadas é consequência de uma análise institucional comparativa, justificando-se, dentre outros motivos, por ser o administrador mais capacitado, a princípio, para tratar de temas complexos e detalhados, bem como por ter ferramentas e recursos financeiros adequados para o tratamento da matéria e por seus integrantes serem dotados de conhecimentos técnicos e treinados para acessar e avaliar informações. No entanto, a maior capacidade de obter e avaliar informações pode ter um efeito perverso sobre a atuação administrativa: a captura da autoridade especializada por interesses privados. Sobre o tema, confira-se: SUNSTEIN, Cass. *On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action*. Duke Law Journal, 1989. KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 128; e JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016.

³²³ KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 128.

tema da captura é complexo para ser tratado nestas breves linhas; nosso objetivo é apenas sinalizar para sua eventual ocorrência em relação à Comissão.

Tal aspecto não significa que o controle jurisdicional procedimental sobre os atos da CONITEC seja inviável; apenas evidencia que a adoção da postura judicial deferente ou não deferente em relação às escolhas da Comissão dependerá de variadas circunstâncias do procedimento administrativo, inclusive relacionadas ao risco de captura dos agentes públicos, a serem avaliadas pelo Poder Judiciário diante do caso que lhe é apresentado, as quais podem apontar para uma postura diversa da que é esperada para aquele tipo de ato administrativo.

3.4.2. A atuação da CONITEC: uma análise empírica

Feita a análise da regulamentação legal do procedimento administrativo vigente para a CONITEC e dos efeitos que dele se espera, é preciso verificar concretamente, à luz do pragmatismo jurídico, quais os resultados decorrentes da atuação da Comissão. Para tanto, serão examinados, com base em estudos sobre dados empíricos, o contexto em que as demandas em face da CONITEC estão inseridas – o que é requerido, quem requer, se há participação social e se ela é capaz de influenciar o resultado da decisão final e se há análise de fatores científicos e econômicos – e as consequências das suas recomendações em relação à incorporação, alteração ou exclusão de medicamentos – qual o total de incorporações e para quais tecnologias.

Preende-se verificar, com base em uma análise pragmática contextualista e consequencialista, se o procedimento adotado na prática para a incorporação de tecnologias aproxima-se das condições da teoria da *accountability* para a razoabilidade. Portanto, a avaliação feita a seguir direciona-se à qualidade do procedimento de tomada de decisão, buscando analisar: (i) se a fundamentação técnica baseou-se em evidências científicas e na avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, bem como em critérios claros (o que equivale à observância da condição de relevância); (ii) se as razões foram acessíveis à sociedade e se foi permitida a consulta pública, facultando o diálogo com a sociedade civil, com os entes federativos e com o órgão

de classe envolvido com os procedimentos médicos (condição de publicidade); e (iii) se viabilizou-se a revisão da decisão (condição de revisão).

O exame feito atentou-se, ainda, para o prazo do procedimento de incorporação, alteração ou exclusão de tecnologias, o qual deve ser finalizado em 180 dias, podendo ser prorrogado, no máximo, por mais 90 dias, como visto.

Para facilitar a compreensão, a análise da atuação concreta da CONITEC foi feita conforme o trâmite do processo de avaliação das demandas a ela submetidas, na forma dos Arts. 15 a 28 do Decreto 7.646/2011. Referido processo inclui uma etapa inicial marcadamente administrativa, composta pelo (i) recebimento da submissão e início da contagem do prazo de análise, (ii) avaliação da documentação; (iii) análise dos estudos científicos e econômicos apresentados pelo demandante e (iv) solicitação de informações complementares. As etapas seguintes do processo de análise abrangem (v) análise do relatório da tecnologia pelo plenário e emissão de recomendação inicial; (vi) submissão à consulta pública e avaliação das contribuições; (vii) emissão da recomendação final sobre a tecnologia; (viii) avaliação pela Secretaria de Ciência Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE/MS) sobre a realização de audiência pública; e (ix) realização de audiência pública³²⁴.

Duas informações trazem um retrato inicial da atuação concreta do órgão. O último balanço divulgado pela CONITEC abrangendo o período de 2012, data de sua implementação, até 2014, destaca que, em razão das mudanças ocorridas na forma e no processo de incorporação de tecnologias a partir de sua constituição, a Comissão, em 2014, foi uma das iniciativas vencedoras do “18º Concurso Inovação na Gestão Pública” da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). O balanço enfatiza também que, para a qualificação do processo decisório na avaliação de tecnologias em saúde e para uma melhor alocação dos recursos, a CONITEC realizou parcerias para troca de experiências com o NICE, órgão similar sediado no Reino Unido, e com países da América que compõem a Rede de Avaliação de Tecnologias em Saúde das Américas³²⁵.

³²⁴RABELO, Roberta Buarque; PETRAMALE, Clarice Alegre; SILVEIRA, Livia Costa da; SANTOS, Vania Cristina Canuto; GONÇALVES, Helcio Caixeta. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, v. 6, n. 4, p. 3225-3240, out. 2015, p. 3233.

³²⁵BRASIL. *Balanço Conitec: 2012-2014*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014, p.11 e 16. Disponível em: <www.conitec.gov.br>. Acesso em: 10 jan 2018.

Parte-se, agora, para o exame da atuação conforme as fases do procedimento. Atualmente, a partir da Lei 12.401/2011, as submissões à Comissão podem ser feitas a qualquer momento. Durante os anos a que se referem o balanço, foram recebidas mais de 350 demandas de avaliação de tecnologias em saúde, sendo os medicamentos o principal objeto das submissões. Metade das solicitações foi feita pelos chamados demandantes internos, procedentes das secretarias e órgãos do Ministério da Saúde, autarquias ligadas a este Ministério e secretarias estaduais e municipais de saúde, e a outra metade por demandantes externos, incluindo os fabricantes, sociedades médicas, instituições de saúde e de ensino e pesquisa, órgãos do Poder Judiciário, associações de paciente, paciente ou seu familiar/cuidador etc³²⁶.

Um estudo mais recente a partir de dados públicos presentes no *website* <http://conitec.gov.br/>, realizado por Rosângela Caetano *et al*, especialistas não integrantes da CONITEC, relativo às demandas apresentadas entre 1º de janeiro de 2012 a 30 de junho de 2016, não destoa das informações constantes no citado balanço. Neste último período estudado, o total de submissões recebidas aumentou para 485, 92,2% das quais referentes a pedidos de incorporação de novas tecnologias. A maioria das demandas por tecnologias ainda é sobre medicamentos (62,1%), sendo que 52,2% do conjunto das submissões relativas a medicamentos provinham de demandas internas. Com relação ao total de demandas externas, 40,9% foram de iniciativa da indústria farmacêutica. Comparando as origens das demandas, as internas relativas a medicamentos obtiveram mais sucesso, correspondendo a 82,8% dos pedidos que receberam deliberação favorável de inclusão, submetidas pelo Ministério da Saúde, pela Anvisa ou secretarias estaduais e municipais de saúde³²⁷.

Finalizando a fase inicial do procedimento de análise das demandas, são avaliados os estudos científicos e econômicos trazidos pelo demandante. Neste ponto, o estudo de Roberta Buarque Rabelo *et al*, relativo a 1º de janeiro de 2012 a 31 de julho de 2015, constatou que, do total de demandas recebidas no período, 39% foram recusadas por não conformidade da documentação (demandas não

³²⁶BRASIL. *Balanço Conitec: 2012-2014*, p.15.

³²⁷CAETANO, Rosângela; SILVA, Rondineli Mendes da; PEDRO, Érica Militão; OLIVEIRA, Ione Ayala Gualandi de Oliveira, BIZ, Aline Navega; SANTANA, Pamela. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*, v.22, n.8, p.2513-2525, 2017, p. 2516.

conformes), sendo as três principais causas de indeferimento dos processos de incorporação de novas tecnologias relativas à apresentação de estudo de avaliação econômica, à análise de impacto orçamentário e ao estudo compilando as evidências de eficácia, efetividade e segurança. O estudo ressalta, contudo, que o percentual de demandas não conformes decresceu significativamente ao longo dos quatro anos, de 67% em 2012 para 4% em 2015, e conclui que “os requisitos impostos pelo Decreto 7.646/2011 já não parecem constituir-se em barreiras para solicitações de demandas à CONITEC”³²⁸.

Para a elaboração dos relatórios pela Comissão, os dados trazidos pela pesquisa de Ivan Ricardo Zimmermann *et al*, que analisou as recomendações por ela emitidas no período de 2012 a 2015, demonstra que 89% do total dos estudos incluídos nos relatórios eram ensaios clínicos e revisões sistemáticas e apenas 6% eram estudos observacionais não-controlados, o que indica, segundo os autores, que “a escolha das evidências de base incluídas nos relatórios analisados foi consistente com a lógica do uso de delineamentos apropriados às intervenções em saúde”³²⁹. Relativamente aos fatores econômicos, a pesquisa indicou a consideração do custo-efetividade e do impacto orçamentário nos relatórios de recomendação da CONITEC³³⁰.

Nesse ponto, importa trazer a conclusão da pesquisa de Pereira *et al*, em que foram identificados os critérios de avaliação de tecnologias em saúde considerados

³²⁸ RABELO, Roberta Buarque; PETRAMALE, Clarice Alegre; SILVEIRA, Livia Costa da; SANTOS, Vania Cristina Canuto; GONÇALVES, Helcio Caixeta. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, p. 3235-3236. Rosângela Caetano *et al* identificam um dado relevante: “Todos os indeferimentos por não conformidade observados tiveram origem externa, em que pese a presença de alguns relatórios bem simplificados provindos de ‘demandas internas’, muitas vezes apresentando apenas meras descrições da tecnologia e estimativas bastante simples dos impactos orçamentários. Os dados disponíveis, contudo, não permitem avançar na investigação das possíveis razões para esse tratamento aparentemente diferenciado”. Cf. CAETANO, Rosângela; SILVA, Rondineli Mendes da; PEDRO, Érica Militão; OLIVEIRA, Ione Ayala Gualandi de Oliveira, BIZ, Aline Navega; SANTANA, Pamela. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*, p. 2521.

³²⁹ Para justificar esta conclusão, prosseguem os autores: “Tal escolha tem seu fundamento na influência dos fatores de confusão, os quais podem implicar em conclusões errôneas em achados clínicos, sendo os estudos controlados, sobretudo os ensaios clínicos randomizados, os delineamentos com a melhor capacidade de lidar com essa limitação”. ZIMMERMANN, Ivan Ricardo; OLIVEIRA, Eduardo Freire de; VIDAL, Ávila Teixeira; SANTOS, Vania Cristina Canuto; PETRAMALE, Clarice Alegre. A qualidade das evidências e as recomendações sobre a incorporação de medicamentos no Sistema Único de Saúde: uma análise retrospectiva. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, v. 6, n. 4, p. 3043-3065, out. 2015, p.3059.

³³⁰ ZIMMERMANN, Ivan Ricardo; OLIVEIRA, Eduardo Freire de; VIDAL, Ávila Teixeira; SANTOS, Vania Cristina Canuto; PETRAMALE, Clarice Alegre. A qualidade das evidências e as recomendações sobre a incorporação de medicamentos no Sistema Único de Saúde: uma análise retrospectiva. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, p.3053-3054.

em 16 países para subsidiar recomendações sobre introdução de novas tecnologias em seus sistemas de saúde. A pesquisa avaliou 12 relatórios elaborados pela CONITEC e concluiu que todos os relatórios de recomendação apresentaram e consideraram relevantes “evidências de eficácia/efetividade e de segurança da tecnologia avaliada, estudos de avaliação econômica e de impacto orçamentário e os benefícios da incorporação de determinada tecnologia” no sistema de saúde, assim como ocorreu nos demais países estudados³³¹.

Chegada a fase de recomendação da CONITEC, o estudo de Rosângela Caetano *et al*, que abrangeu o período até junho de 2016, identificou que, dentre as submissões, 201 processos relativos a medicamentos foram à deliberação em plenário (66,8%), e 93 medicamentos receberam recomendação favorável à incorporação. Cerca de 70% (139/201) foram objeto de consulta pública, enquanto 62 compreenderam processos simplificados. Embora o estudo não informe o total de contribuições recebidas nas consultas públicas, esclarece que os números são extremamente diversos, a depender do tipo de demanda, variando de 0 a 530, com uma média de 108 contribuições. A este respeito, destaca-se que medicamentos com recomendação desfavorável à incorporação apresentaram número médio de contribuições (136) maior, 21 medicamentos receberam mais que 250 contribuições e 6 receberam mais de 500³³².

Com efeito, o número de consultas públicas e de contribuições vem aumentando desde a criação da CONITEC. Até outubro de 2014, haviam sido realizadas 97 consultas públicas e recebidas mais de 5.000 contribuições, mais da metade não provenientes de especialistas, mas de pessoas que usam o SUS, como os pacientes e familiares, tendo grande parte das contribuições se concentrado nos

³³¹PEREIRA, Viviane Cássia; SALOMON, Flávia Cristina Ribeiro; SOUZA, Andrea Brígida de. Critérios para decisões sobre incorporação de tecnologias em saúde no Brasil e no mundo. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, v. 6, n. 4, p. 3066-3093, out. 2015, p.3088. Problematicando esta conclusão, o estudo de Rosângela Caetano *et al* pondera que muitos dos relatórios examinados em seu estudo “se limitam, por vezes, a meras descrições da tecnologia e a estimativas bastante simples dos impactos orçamentários, reforçando a importância de um aprimoramento ainda necessário nos critérios e na transparência dos processos utilizados pela Conitec”. Cf. CAETANO, Rosângela; SILVA, Rondineli Mendes da; PEDRO, Érica Militão; OLIVEIRA, Ione Ayala Gualandi de Oliveira, BIZ, Aline Navega; SANTANA, Pamela. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*, p. 2523.

³³²CAETANO, Rosângela; SILVA, Rondineli Mendes da; PEDRO, Érica Militão; OLIVEIRA, Ione Ayala Gualandi de Oliveira, BIZ, Aline Navega; SANTANA, Pamela. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*, p. 2516.

estados do sul e do sudeste³³³. Até julho de 2015, o número total consultas públicas publicadas foi de 123, com mais de 16.000 contribuições sobre as tecnologias analisadas. Registre-se, por oportuno, que 2014 concentrava 16% do total das contribuições, tendo o percentual aumentado para 67% no ano de 2015³³⁴.

A possibilidade de realização de consulta pública pode trazer benefícios aqueles que pretendem ver a tecnologia incorporada. De fato, a mudança entre as recomendações inicial e final da Comissão após a consulta pública ocorreu em significativos 18,8% das recomendações preliminares de não incorporação dos medicamentos no período de 2012 a 2016, tendo a mudança sido motivada pela apresentação de novas evidências de segurança e eficácia, de novas avaliações econômicas e de impacto orçamentário e de propostas de redução de preços³³⁵.

Parte-se, agora, para a última fase do fluxo do procedimento, relativa à avaliação das recomendações proferidas pela Comissão seguida da decisão final da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Todas as recomendações feitas pelo plenário da CONITEC até junho de 2016, sem exceção, foram aprovadas na decisão final do secretário da SCTIE. Dentre as justificativas para a recomendação de incorporação nos relatórios da Comissão, destacam-se o benefício clínico adicional (40,9%), baixo impacto financeiro-orçamentário (25,8%), necessidade clínica não preenchida no SUS e recomendação de incorporação em outros países (ambos com 21,5%)³³⁶.

De 2012 a outubro de 2014, foram incorporadas ao SUS 114 novas tecnologias com base em suas recomendações, aumentando em três vezes a média anual de incorporação dos anos anteriores a 2011, sob a atuação da antiga CITEC³³⁷. A atualização das tecnologias disponíveis no SUS beneficiou mais de 21 milhões de brasileiros, permitindo o tratamento de patologias que, de forma recorrente, desaguavam no Poder Judiciário sob a forma de demandas individuais.

³³³BRASIL. *Balanco Conitec: 2012-2014*, p.27.

³³⁴ RABELO, Roberta Buarque; PETRAMALE, Clarice Alegre; SILVEIRA, Livia Costa da; SANTOS, Vania Cristina Canuto; GONÇALVES, Helcio Caixeta. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, p. 3236-3237.

³³⁵ CAETANO, Rosângela; SILVA, Rondineli Mendes da; PEDRO, Érica Militão; OLIVEIRA, Ione Ayala Gualandi de Oliveira, BIZ, Aline Navega; SANTANA, Pamela. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*, p. 2521.

³³⁶ CAETANO, Rosângela; SILVA, Rondineli Mendes da; PEDRO, Érica Militão; OLIVEIRA, Ione Ayala Gualandi de Oliveira, BIZ, Aline Navega; SANTANA, Pamela. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*, p. 2519.

³³⁷BRASIL. *Balanco Conitec: 2012-2014*, p.6.

São exemplos a incorporação do trastuzumabe para câncer de mama, de novos biológicos para o tratamento da artrite reumatóide, do palivizumabe para a profilaxia do vírus sincicial respiratório em recém-nascidos de alto risco, da vacina contra o HPV (papilomavírus humano) e do *stent* farmacológico³³⁸. Destaque-se, ainda, que o número de tecnologias incorporadas aumentou para 132 até julho de 2015³³⁹ e para 173 até junho de 2016³⁴⁰.

No que tange ao prazo para conclusão do procedimento, especificamente quanto às submissões relacionadas a medicamentos feitas no período de 2012 a junho de 2016, das 301 demandas, 287 (95,3%) estavam concluídas, restando apenas 14 sem decisão final³⁴¹. Neste período, a média de tempo para emissão de recomendações da Comissão foi de 134 dias³⁴².

A decisão de incorporação não finaliza as atividades das autoridades de saúde. Com o intento de viabilizar o acesso adequado às tecnologias incorporadas, desde 2013 é feito o monitoramento destas, por meio da construção de um banco de dados com informações relevantes para o acompanhamento das tecnologias e da produção de relatórios específicos. Tais relatórios de monitoramento, feitos após um ano da decisão de incorporação, desenharam um panorama da oferta e do uso da tecnologia, incluindo informações como indicação de uso no SUS, financiamento, impacto orçamentário, consumo, dentre outras. Como exemplos de relatórios de monitoramento para tecnologias incorporadas, cite-se os relativos aos medicamentos para hepatite C, em que se verificou que o uso dos novos medicamentos tem sido muito inferior à estimativa inicial feita pelas autoridades de saúde, bem como aos biológicos rituximabe e tocilizumabe para artrite reumatóide³⁴³.

Os estudos indicam, por fim, a realização, ainda que incipiente, de diálogo institucional entre as autoridades de saúde e órgãos públicos que lidam com os

³³⁸ BRASIL. *Balanco Conitec: 2012-2014*, p.6.

³³⁹ RABELO, Roberta Buarque; PETRAMALE, Clarice Alegre; SILVEIRA, Livia Costa da; SANTOS, Vania Cristina Canuto; GONÇALVES, Helcio Caixeta. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, p. 3237-3238.

³⁴⁰ Informação extraída da página eletrônica da Comissão. Disponível em: <www.conitec.gov.br>. Acesso em: 10.jan.2018.

³⁴¹ CAETANO, Rosângela; SILVA, Rondineli Mendes da; PEDRO, Érica Militão; OLIVEIRA, Ione Ayala Gualandi de Oliveira, BIZ, Aline Navega; SANTANA, Pamela. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*, p. 2516.

³⁴² Nota de Esclarecimento à Interfarma publicada pela Comissão, p. 4. Disponível em: <www.conitec.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2018.

³⁴³ BRASIL. *Balanco Conitec: 2012-2014*, p.21-22.

litígios judiciais. No período de janeiro de 2012 a agosto de 2014, a CONITEC respondeu 701 questionamentos quanto à incorporação de tecnologias no SUS, formulados sobretudo pelo Poder Judiciário e Ministério Público, tendo havido, ademais, a disponibilização de um canal, por correio eletrônico, para diálogo direto e mais ágil com os magistrados³⁴⁴.

Os dados trazidos pelos estudos permitiram a análise concreta da atuação da Comissão, desenhando o contexto em que estão inseridos seus atos e os efeitos das suas recomendações em relação à incorporação de medicamentos. Com base nos estudos, pode-se concluir que a Comissão assume uma função primordial na definição de prioridades e nas decisões alocativas do sistema de saúde brasileiro. Em geral, os estudos apontam que a CONITEC tem sido atuante, tendo recebido crescentes submissões e recomendado a incorporação de novas tecnologias com média anual igualmente crescente. Os relatórios de recomendação analisados utilizaram-se de evidências científicas e fatores econômicos, mostrando potencial para cumprir, a princípio, a condição de relevância da teoria da *accountability* para a razoabilidade. Da mesma forma, o número crescente de consultas públicas e de contribuições, assim como sua influência nas recomendações, sinaliza, embora não assegure, uma aproximação da condição relativa à transparência.

Naturalmente, não se pode afirmar de forma generalizada que o procedimento administrativo da CONITEC cumpre as condições da citada teoria. Sugere-se, apenas, que a Comissão demonstra estar atuando na tentativa de concretizar as previsões legais a ela pertinentes e, potencialmente, poderia cumprir as condições da teoria, resultando na escolha de prioridades e na incorporação de tecnologias que garantam o acesso universal a todos os cidadãos. O exame pontual de cada demanda a ela submetida permitirá uma conclusão mais segura.

De toda forma, infere-se dos estudos a necessidade do contínuo aprimoramento técnico e da ampliação da publicidade das decisões, assim como de medidas para o afastamento adequado do risco de captura dos agentes administrativos pelas indústrias farmacêuticas.

Uma observação final é oportuna. Os medicamentos pretendidos nas ações judiciais de maior peso econômico para o sistema de saúde não são, em sua maioria, objeto de submissão à apreciação da CONITEC visando à incorporação.

³⁴⁴BRASIL. *Balanço Conitec: 2012-2014*, p.37.

Dos 25 medicamentos, cujas ações judiciais mais consumiram recursos da União nos anos de 2012 a 2014, 19 deles em nenhum momento foram submetidos à avaliação da Comissão. Os 6 que tiveram as demandas submetidas não resultaram em incorporação, por diferentes motivos³⁴⁵. Disto se conclui, por um lado, que o aumento da judicialização da saúde possui distintas causas, não podendo ser visto apenas como uma decorrência do processo de avaliação de tecnologias estabelecido para o país, e, por outro, que uma maior utilização dos serviços da Comissão pela sociedade, indústrias e órgãos públicos, transferindo-lhe a discussão sobre a incorporação de tecnologias, poderia ser uma forma de auxiliar na redução das ações judiciais.

3.5. *Accountability* para a razoabilidade em ataque: alguns contrapontos

Os contrapontos dirigidos ao critério procedimental baseado na *accountability* para a razoabilidade o comparam com os demais critérios de fixação de prioridades, como o material, e questionam a sua efetividade para garantir o direito à saúde³⁴⁶. Selecionamos três deles, mais relacionadas ao nosso objeto de estudo, dirigidos a sua aplicação pelas autoridades de saúde e pelos órgãos judiciais.

Uma primeira crítica parte do critério substantivo para sustentar que, apesar do problema da falta de consenso na alocação de recursos para a definição de prioridades, é possível a formulação de um conceito substantivo plausível para o direito à saúde. É esta a conclusão de Octavio Luiz Motta Ferraz, para quem o controle apenas procedimental esvaziaria o direito à saúde de qualquer significado³⁴⁷.

³⁴⁵ Segundo informação prestada pela CONITEC, os 6 medicamentos da lista tiveram demandas com os seguintes resultados: Idursulfase – demanda da indústria com sua proposta recusada por não conformidade formal e legal da documentação; Sunitinibe – demanda da secretaria estadual de saúde de São Paulo, processo encerrado por falta de complementação de dados solicitados; Cetuximabe e Icatibanto – demandas da indústria, com decisões de não incorporação no SUS; e Bevacizumabe – demanda do fabricante, ainda em análise pela CONITEC. Cf. Nota de Esclarecimento à Interfarma publicada pela Comissão, p. 7-8.

³⁴⁶ DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*, p. 133- 139.

³⁴⁷ Ferraz entende ser possível a formulação de um conceito substantivo plausível de direito à saúde ao fazer a revisão da obra de John Tobin, intitulada “The Right to Health in International Law”, a qual aplica o conceito procedimental ao direito à saúde, como explica Ferraz: “It is essentially, as argued by Tobin, a test of reasonableness, in which ‘the question to be considered by, and asked of states is, was the decision to allocate (or redistribute) resources for the realization of the right to health reasonable?’”. Baseando no critério procedimental e na razoabilidade, a concepção de Tobin se aproxima da de Daniels e Sabin, embora ambas sejam distintas, razão pela qual acreditamos que a

Para exemplificar, o autor cita o julgamento do caso Soobramoney pela Corte Constitucional da África do Sul, no qual o modelo procedimental foi adotado, tendo os julgadores concluído ser razoável a negativa do hospital em conceder o tratamento requerido, diante da ausência de critérios para modificar as decisões de alocação de recursos feitas pelas autoridades de saúde. Desta forma, esta crítica sustenta que a decisão da Corte foi equivalente a dizer ao Sr. Soobramoney que ele não possui um real direito à saúde³⁴⁸.

Ferraz propõe, neste cenário, uma variação da ideia do mínimo social. Para ele, o mínimo social da saúde corresponde ao mínimo que um indivíduo teria direito em uma determinada comunidade se os reais recursos nela disponíveis fossem distribuídos de forma justa, e não como um padrão pré-definido de satisfação de necessidades, que desconsidera a disponibilidade de recursos na comunidade³⁴⁹. Por consequência, o controle incidiria também sobre este aspecto.

Em resposta a esta crítica, há algumas maneiras de se defender a teoria de Daniels e Sabin. Primeiro, a Corte sul-africana não se baseia nesta teoria, e sim em um outra forma de controle procedimental. Segundo, pode-se argumentar que a legislação de saúde pública brasileira, incluindo as Portarias e Resoluções, ao disciplinarem o direito à saúde, presumivelmente consideram a disponibilidade financeira. Pode-se dizer, então, que o Poder Público não tem sido omisso na concessão de medicamentos, embora as pretensões que chegam ao Judiciário sejam muito mais amplas do que as listas atualmente vigentes.

A objeção de Ferraz é séria e nos mostra a importância da atenção à disponibilidade de recursos orçamentários. Entretanto, o Poder Público, a princípio, a considera ao incorporar medicamentos ou atualizar a legislação existente, razão pela qual não se pode dizer – ao menos sem demonstração concreta – que é utilizado um padrão pré-definido de satisfação de necessidades.

Outro argumento importante para a defesa do critério procedimental no Brasil diz respeito à CONITEC. Conforme determinação legal, suas decisões devem ser baseadas em evidências científicas analisadas por especialistas, sujeitas a

crítica feita por Ferraz em face daquela teoria pode ser aplicada igualmente para a teoria ora em apreço. FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Book Review: J. Tobin, *The Right to Health in International Law*. *Human Rights Law Review*, v. 13, p. 191-206, 2013, p.195.

³⁴⁸ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Book Review: J. Tobin, *The Right to Health in International Law*. *Human Rights Law Review*, p.194.

³⁴⁹ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Book Review: J. Tobin, *The Right to Health in International Law*. *Human Rights Law Review*, p.196.

participação popular em um procedimento transparente e motivado. Nele, é prevista a consideração da disponibilidade de recursos orçamentários, como ocorre na avaliação do custo-efetividade do medicamento, por exemplo, e, uma vez públicos, os critérios adotados podem, em potencial, ser contestados administrativa ou judicialmente. Logo, pelo menos *a priori*, o modelo processual mostra-se confiável e legítimo. É claro que tais aspectos exigem uma análise empírica que verifique seu cumprimento, sob pena de inaceitável idealização da Comissão.

A segunda crítica dirige-se especificamente à eficácia da teoria da *accountability* para a razoabilidade enquanto teoria de direitos humanos, sustentando que não há garantia de que um procedimento democrático produza melhores decisões do que o procedimento em que não se exige a observância das quatro condições da teoria.

Em resposta, Daniels argumenta que as quatro condições propostas não substituem o processo democrático, mas sim o facilitam, na medida em que impõem às autoridades de saúde o uso de razões coerentes que pessoas razoáveis considerem relevantes, o que torna o procedimento mais provável a produzir respostas corretas³⁵⁰.

Por fim, a terceira crítica trata da participação popular no procedimento e sustenta que a condição de publicidade da teoria de Daniels e Sabin precisa ser melhor especificada³⁵¹. A crítica concentra-se em dois pontos. Primeiro, afirma-se que tal condição pressupõe que o público tem ciência da fixação de limites orçamentários, no entanto, isto nem sempre existe, e, se for este o caso, as pessoas podem ser passivas demais para se buscarem informações sobre alocações. Em razão disso, enfatiza-se a importância da comunicação ativa acerca das decisões acolatórias em boletins informativos, plataformas de discussão na internet ou eventos públicos, por exemplo, para obter uma publicidade efetiva e até mesmo para permitir que as pessoas possam recorrer da decisão. Segundo, afirma que a *accountability* para a razoabilidade não é inclusiva o suficiente, pois os mecanismos de representação pública são limitados. Propõe-se, por esse motivo, uma ampliação dos mecanismos de envolvimento das partes interessadas, por meio do estímulo à participação em debates sobre prioridades de financiamento, da formação de

³⁵⁰ DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*, p. 137-138.

³⁵¹ Rid, A. How Does "Accountability for Reasonableness" Result in Fair Limit-Setting Decisions? *Journal of Medical Ethics*, v. 35, no. 1, p. 12-16, jan. 2009, p.15.

associações etc, a fim de buscar a consideração justa das reivindicações de todos³⁵².

A terceira crítica dá luzes a aspectos essenciais para que a condição de publicidade, assim como a de revisão, sejam efetivas. De fato, para que haja participação e envolvimento público, é essencial que sejam estabelecidos mecanismos que os estimulem. Trata-se de um tema para futuros estudos.

3.6. Rumo a um controle jurisdicionalcooperativo

Os mecanismos de controle sobre as políticas públicas, assim como sobre os atos dos agentes públicos, podem ser vistos como a relação estabelecida entre um ator (a autoridade), um fórum de responsabilização e um objetivo (o conteúdo do controle)³⁵³. Tais mecanismos buscam que os agentes públicos descrevam e justifiquem o que fazem e porque fazem, estimulando as autoridades a manterem padrões adequados de conduta. Nesse sentido, em um sistema democrático, o controle está associado à ideia de *accountability*, a qual, a grosso modo, relaciona-se à exigência de transparência e confiabilidade. Embora seja definida de diversas formas por diferentes estudiosos, o conceito de *accountability* se aproxima das noções de responsividade e da disposição de agir de modo transparente, justo e equitativo³⁵⁴.

Desta forma, permite-se que os cidadãos exijam dos seus representantes o respeito às suas preferências, auxilia-se na prevenção contra a corrupção e o abuso de poder, bem como cria-se uma ferramenta para aumentar a efetividade do governo e estimular seu aprendizado, na medida em que incentiva as autoridades públicas a interagir com os fóruns de responsabilização e a atuar com base no *feedback* fornecido sobre seu desempenho³⁵⁵.

A partir das lições de Guillermo O'Donnell, Mario Schapiro aborda os mecanismos de controle que incidem sobre a administração pública como

³⁵² Rid, A. How Does "Accountability for Reasonableness" Result in Fair Limit-Setting Decisions? *Journal of Medical Ethics*, p.15-16.

³⁵³ BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does Public Accountability Work? An Assessment Tool. *Public Administration*, v. 86, n. 1, p. 225-242, 2008, p.225.

³⁵⁴ BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does Public Accountability Work? An Assessment Tool. *Public Administration*, p. 226.

³⁵⁵ BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does Public Accountability Work? An Assessment Tool. *Public Administration*, p.230-232.

instrumentos destinados a cumprir três primados da democracia: (i) os interesses e valores da maioria (democrático); (ii) os interesses e valores da minoria (liberal); e (iii) os interesses e valores associados à ordem pública e ao bom governo (republicano)³⁵⁶.

Com base nisso, Schapiro sugere os tipos possíveis de desajustes que podem acometer os mecanismos de controle (*accountability*). Entre os desajustes, o autor cita a chamada sobreposição dos mecanismos de controle, que surge em decorrência da interação entre as suas diversas formas, explicando que a relação entre os mecanismos de controle se estabelece entre os extremos de cooperação e de competição. Na relação de cooperação, há uma “conjugação de esforços e uma atuação capaz de produzir resultados que sejam igualmente satisfatórios para as finalidades de cada mecanismo”, ao passo que na relação de competição há uma usurpação, em que “a perseguição das finalidades de um mecanismo de controle compete com a atuação do mecanismo adjacente, sugerindo uma situação de predação”³⁵⁷.

Tratando especificamente sobre a intervenção judicial sobre as ações do SUS, o autor destaca a ocorrência de distorções nas respostas judiciais, uma vez que as inúmeras decisões judiciais que têm garantido aos demandantes acesso a medicamentos não contemplados nas listas do SUS configuram, em verdade, escolhas de política de saúde numa relação bilateral³⁵⁸. Ao dar provimento aos pleitos individuais, o Judiciário compete predatoriamente com a gestão pública, podendo comprometer a organização do sistema de saúde de todos. Nesse sentido, confira-se:

Seja no caso de telecomunicações, seja no de saúde, a desconfiança do funcionamento adequado dos outros poderes e de seus mecanismos de controle pode ser um dispositivo que incentive e justifique o ativismo judicial. O ponto é que esse ativismo pode funcionar de modo competitivo ou cooperativo. *Em outros sistemas*

³⁵⁶ SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia de desajustes. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p.311-344, mai-ago 2016, p.312-313. De forma similar, estas seriam as três missões da *accountability* identificadas por Guillermo O'Donnell, que correspondem aos controles democrático, liberal e republicano. Cf. O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 44, p. 40-44, 1998.

³⁵⁷ SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia de desajustes. *Revista Direito GV*, p.335.

³⁵⁸ SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia de desajustes. *Revista Direito GV*, v. p.337.

jurídicos, como o inglês, diante de situações como essa, a posição do Judiciário não é a de se subrogar na posição de gestor público, escolhendo substantivamente a forma de alocação do recurso público, mas sim a de exigir do Executivo que comprove a razoabilidade de sua escolha (WANG, 2013, p. 115-172). Seguindo esse caminho, o controle liberal não atua de modo predatório para a consistência das escolhas políticas, mas sim de modo cooperativo com o fortalecimento de um controle republicano. Ao cobrar do Executivo os critérios de escolha, em vez de dar provimento aos pleitos individuais, o Judiciário incentiva um aprimoramento das análises de impacto e da consistência das escolhas administrativas.³⁵⁹ (grifei)

Sob este prisma, o controle jurisdicional das decisões administrativas das políticas públicas de saúde, ao orientar-se pela teoria da *accountability* para a razoabilidade, origina uma postura mais deferente às escolhas técnicas e democráticas das autoridades de saúde, afastando-se dos intermináveis desacordos acerca de quais devem ser as prioridades no atendimento à saúde e sobre o alcance do princípio da integralidade³⁶⁰. Ao mesmo tempo, o controle jurisdicional continuaria sendo uma ferramenta importante à disposição da sociedade, pois ele passaria a ser feito sobre as razões apresentadas em determinada política pública, o que implica a exigência para que os órgãos competentes prestem contas de seus atos. Respeita-se, assim, o ideal democrático participação popular e a *accountability*, ao sujeitar as autoridades à responsabilização.

Desta forma, o controle jurisdicional não se mostraria concorrente, mas, sim, cooperativo, auxiliando na concretização do direito social e, portanto, tendente a produzir um resultado mais desejável do que a forma atual de controle.

Cabe ainda uma observação final. A adoção do controle aqui estudado pode estimular o fenômeno chamado de diálogos institucionais³⁶¹. Eventual decisão judicial sobre litígios de saúde, ao invés de encerrar o debate, teria o condão de abrir os canais de diálogo com as instituições majoritárias e especializadas e com a sociedade para definir o conteúdo do direito à saúde previsto na Constituição.

³⁵⁹ SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, p.337.

³⁶⁰ No item 2.3.2 do Capítulo 2, afirma-se que o princípio da integralidade não comporta a interpretação de que o direito à saúde abrange todo e qualquer medicamento ou tratamento.

³⁶¹ A expressão vem da doutrina do Canadá, ao estudar as disposições da Carta Canadense de Direitos de 1982, que permitem a modificação pelo Parlamento de decisão da Suprema Corte, e concluiu que referidas disposições facilitam o diálogo entre órgão judicial e o Legislativo. Ver: HOGG, Peter, e BUSHELL Alison A. *The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all)*. In: Osgoode Hall Law Journal, v. 35, 1997, p. 75; e BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012, p. 273/274.

Com efeito, a interação entre os poderes constituídos e a opinião pública, sobretudo quando estão em pauta questões sobre direitos fundamentais, permite relevantes contribuições para a interpretação constitucional e tem mais probabilidade de produzir melhores resultados do que os modelos de supremacia judicial.

Como bem leciona Rodrigo Brandão,

(...) é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja 'supremo', mas antes, que cada um dos 'poderes' contribua com a sua específica capacidade institucional.³⁶²

A interação deliberativa entre o Poder Judiciário, a CONITEC e a sociedade tem o potencial de fortalecer a democracia e elevar a probabilidade de as decisões judiciais contribuírem para o aperfeiçoamento do sistema de saúde, embora somente uma análise concreta da realidade possa determinar se estes objetivos são alcançados.

3.7. A nova postura adotada no voto do RE 566.471

Deixamos para o final deste trabalho o exame de recente voto proferido em um julgado da Suprema Corte por apresentar novidades em relação à jurisprudência. O voto do Ministro Barroso possui as características pragmatistas do antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo e inicia uma nova postura diante dos litígios de saúde, mais atenta ao que foi decidido pela CONITEC.

No Recurso Extraordinário 566.471³⁶³, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo³⁶⁴. O caso concreto discute a

³⁶² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 286.

³⁶³ No julgamento do RE 566.471, o autor pleiteia o fornecimento ininterrupto de *Sildenafil 50mg* (princípio ativo do Viagra), medicamento de custo superior a R\$ 20 mil por caixa, para tratamento de miocárdia isquêmica e hipertensão pulmonar arterial. A ação foi julgada procedente em primeira instância, mantida a sentença pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Página eletrônica do STF. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2017.

³⁶⁴ Embora o pedido do caso concreto que ensejou a interposição do RE seja de um medicamento de alto custo, o voto destaca que não há critérios seguros para definir determinado fármaco como "de

possibilidade de o Estado do Rio Grande do Norte ser condenado a fornecer medicamento de alto custo a paciente portador de doença grave que não possui condições financeiras para adquiri-lo, medicamento este que, à época da propositura da ação, não constava da relação de tratamentos fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde – SUS³⁶⁵. O autor da ação, recorrido no recurso extraordinário, fundamenta sua pretensão no direito fundamental à saúde, invocando os arts. 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

A tese do Ministro Barroso busca estabelecer critérios e limites para racionalizar a distribuição de medicamentos³⁶⁶⁻³⁶⁷. Reconhecendo que “a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais”, “dando origem a um conjunto variado de problemas relacionados ao ativismo judicial nessa matéria”, o voto propõe

alto custo”, pois poderia se considerar seu valor unitário ou o impacto financeiro global para o sistema, razão pela qual analisa se e *em que condições* o Poder Judiciário pode deferir a dispensação gratuita de medicamentos, independentemente do custo. De fato, um medicamento não padronizado mais barato, mas que trate patologia que afete uma parcela maior da população, pode ter o impacto financeiro igual ou superior ao de um fármaco mais caro, porém destinado a doenças muito raras.

³⁶⁵ Durante o trâmite do processo no STF, o medicamento pleiteado foi incorporado pelo SUS ao Componente Especializado de Assistência Farmacêutica – CEAF, por meio da Portaria nº 2.981/2009. No entanto, o Ministro Marco Aurélio, relator, determinou o prosseguimento do processo para que o Tribunal pacificasse a matéria e fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil”. Note-se que, em linhas gerais, o voto do Ministro pouco diverge da jurisprudência do STF quanto à obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos fora das listas públicas a pessoa hipossuficiente por parte do Estado.

³⁶⁶ No voto, foi fixada a seguinte tese: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”.

³⁶⁷ Além do relator e do Min. Barroso, votou também o Min. Fachin, o qual propôs cinco parâmetros para balizar os pedidos de concessão de medicamento, dois deles diversos dos fixados pelo Min. Barroso. Um é a indicação do medicamento no laudo médico por meio das denominações comuns brasileira (DCB) ou internacional (DCI) e o outro é a justificativa da inadequação ou da inexistência do remédio ou tratamento na rede pública. Cf. íntegra do voto disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio>>. Acesso em: 12 dez.2017.

uma mudança do entendimento tradicional em razão da realidade exposta – aqui identifica-se o antifundacionalismo.

Além disso, os fatos receberam considerável atenção do julgador - aqui identifica-se o contextualismo. Para explicar a necessidade de racionalizar a atuação judicial, o voto destaca três fatos extraídos da realidade social: (i) o aumento exponencial de gastos (incluindo recursos humanos e materiais) para permitir a aquisição, o gerenciamento e a distribuição de medicamentos, (ii) o aumento exponencial da demanda da população por medicamentos, e (iii) o desenvolvimento acelerado da indústria farmacêutica, com a crescente oferta de novos produtos no mercado.

Com base no cenário traçado voto, o Ministro conclui que “não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, possam ser disponibilizados pelo Estado a todas as pessoas”.

Com efeito, as decisões devem ser contextuais, proferidas dentro de contextos que irão determinar seu sentido. Um julgamento anterior de nossa Corte Constitucional, embora não em matéria de políticas públicas, já evidenciava a presença do contextualismo. Thamy Pogrebinschi, ao comentar a argumentação adotada pelo Ministro Eros Grau na ADI 2240-7/BA, demonstra a relevância que foi dada aos fatos e à realidade social. Veja-se a lição da professora:

O pragmatismo, com sua perspectiva responsiva da sociedade, vindica que os elementos do mundo do ser sejam constitutivos das regras do mundo do dever-ser. O pragmatismo, com sua visão materialista da constituição, defende que os fatos do caso sejam determinantes da validade da norma. O pragmatismo, com sua visão experimentalista da política, exige que a realidade empírica seja considerada no seio e âmbito do qual a decisão em cada situação há de ser tomada.³⁶⁸

Finalmente, o consequencialismo também está presente na interpretação adotada no voto, a qual conjuga os fatos citados com as *graves consequências* decorrentes da intervenção judicial. “De todas as possibilidades de decisão alternativas, o magistrado pragmatista tentará supor conseqüências e, do confronto

³⁶⁸ POGREBINSCHI, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Conseqüências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA), Revista de Direito Administrativo, v. 247, p. 181-193, dez. 2014, p. 186. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41556>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

destas, escolherá aquela que lhe parecer melhor”³⁶⁹. São elas: “(i) a *desorganização administrativa*, porque os recursos precisam ser desviados do seu orçamento e de sua execução natural para o cumprimento das ordens judiciais; (ii) a *ineficiência alocativa*, porque as compras para cumprir decisões judiciais se dão em pequena escala, sem o benefício das compras de atacado; e (iii) a *seletividade*, porque as soluções providas em decisões judiciais beneficiam apenas as partes na ação, sem que sejam universalizadas”³⁷⁰.

Ademais, a preocupação no voto com as consequências para o caso concreto, assim como com as consequências sistêmicas da decisão é uma característica do pragmatismo cotidiano de Richard Posner. Ao enfatizar o risco de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos promovam efeitos sistêmicos imprevisíveis e a própria desorganização administrativa, o Ministro Barroso recomenda uma posição de cautela por parte do Judiciário³⁷¹.

Assumindo este referencial, o Ministro fixa em sua tese, como requisito para o fornecimento judicial do medicamento, a comprovação de que “a não incorporação do medicamento pleiteado ao SUS não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes”, bem como exige a “instauração de um diálogo institucional entre o Poder Judiciário e entes com expertise técnica na área da saúde”. Percebe-se, neste ponto, uma valorização das atribuições da CONITEC e do que foi decidido no procedimento administrativo.

Em síntese, fica clara a importância que foi dada aos elementos pragmatistas para fundamentar uma nova postura diante dos litígios de saúde. Não se pode dizer que a postura proposta no voto, ao valorizar as decisões da CONITEC, adotou o controle procedimental com base na *accountability* para a razoabilidade, pois seria preciso uma maior supervisão judicial do procedimento administrativo e de suas razões. Entretanto, a preocupação do Ministro com a existência de decisão expressa dos órgãos competentes e de instauração de um diálogo institucional entre o Poder Judiciário e entes com expertise técnica na área da saúde demonstra atenção a aspectos procedimentais relevantes que até então vinham passando despercebidos

³⁶⁹ POGREBINSCHI, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). Revista de Direito Administrativo, p. 190.

³⁷⁰ Cf. p. 9 do voto.

³⁷¹ Cf. p. 13 do voto.

pela jurisprudência. Pode ter sido aberta uma porta no Judiciário para futuras discussões sobre o controle procedimental com base na teoria de Daniels e Sabin.

3.8. Alguns parâmetros de aplicação judicial da *accountability* para a razoabilidade

Com fundamento na metodologia pragmatista e na teoria da *accountability* para a razoabilidade, resta abordar alguns parâmetros para a aplicação judicial do controle procedimental tratado, relativamente às demandas por medicamentos não incluídos nas relações do SUS ou para uso fora da previsão dos PCDT.

O primeiro aspecto a ser considerado é se existe política pública prevendo a prestação de saúde requerida pela parte. Como já esclarecido no Capítulo 2, nestas situações, o controle jurisdicional altera por fundamento o cumprimento da política pública prevista na lei ou na Constituição, cabendo às autoridades de saúde prover a prestação.

Situação bastante diversa ocorre quando a prestação do medicamento não estiver entre as políticas do SUS, porque houve uma decisão administrativa expressa de não a fornecer. O relatório da CONITEC sobre a tecnologia considera as evidências científicas sobre sua eficácia, acurácia, efetividade e segurança, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, e, com base nele, o SUS pode decidir não custear o medicamento.

Nestes casos, utilizando-se da teoria da *accountability* para a razoabilidade, cabe ao Poder Judiciário examinar a qualidade do procedimento de tomada de decisão, verificando: (i) se a fundamentação técnica baseou-se em evidências científicas e na avaliação do custo-efetividade, se houve produção de provas compatível com a complexidade do caso e se as razões da decisão foram claramente indicadas, são aceitas por pessoas razoáveis e conduzem à conclusão a que chegou a autoridade de saúde (o que equivale à observância da condição de relevância); (ii) se as razões foram acessíveis à sociedade e se foi permitida a consulta pública (condição de publicidade); e (iii) se facultou-se a revisão da decisão (condição de revisão). A apresentação em juízo do relatório da CONITEC, elaborado na forma do art. 19-Q, § 2º da Lei 12.401/2011, pode ser útil para permitir esta verificação.

Deve-se ainda acrescentar um elemento à verificação acima. Todo o procedimento de incorporação, alteração ou exclusão de medicamentos deve ser finalizado no prazo de 180 dias, podendo ser prorrogado, no máximo, por mais 90 dias, na forma do art. 19-R, da Lei 12.401/2011. Não cumprido, cabe ao Poder Judiciário exigir e controlar a duração razoável do procedimento, conforme previsão do art. 5º, LXXVIII, da CRFB.

Cumpridas as condições, impõe-se o indeferimento da pretensão. Não cumpridas quaisquer das condições, o controle jurisdicional está autorizado a requerer a manifestação das autoridades de saúde sobre os aspectos que não foram apreciados ou anular a decisão administrativa para que outra seja tomada em prazo razoável. Logo, via de regra, exige-se que a pretensão individual submetida a Juízo seja examinada pela Administração Pública.

Contudo, havendo considerável urgência na concessão do medicamento pleiteado, justifica-se deferir o medicamento em Juízo. Como se supõe, o reexame do procedimento administrativo pela CONITEC, para adequá-lo às condições não cumpridas identificadas, pode ser muito demorado e acabar por inviabilizar o acesso do autor ao medicamento.

De todo modo, nos casos em que houver urgência que impeça que se aguarde a reapreciação administrativa da matéria, a concessão do medicamento em Juízo deve ser vista com cautela e, em regra, exige instrução processual. Por exemplo, nas demandas em que o controle jurisdicional verificar que as razões das autoridades de saúde para a não inclusão do fármaco não foram claramente indicadas ou não embasam a conclusão a que se chegou, é preciso que haja instrução processual, com ampla produção de provas, para que se comprovem as evidências científicas em relação à eficácia, acurácia, efetividade e segurança do medicamento pleiteado, por meio de estudos da Medicina Baseada em Evidências, pois a apreciação no bojo da demanda individual vai acabar por substituir o reenvio do procedimento para exame administrativo.

Nas duas situações tratadas a seguir, não há procedimento administrativo a ser controlado, uma vez que não houve decisão expressa dos órgãos competentes contrária à incorporação do medicamento ao SUS. Não é possível, portanto, uma aplicação devida da teoria da *accountability* para a razoabilidade. Adotamos, nestes casos, o entendimento do Min. Barroso ao formular sua tese no voto do RE 566.471, o qual possui características pragmáticas, como visto.

Na primeira situação, em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente, a preferência deve ser dada a este tratamento em relação à opção pretendida. Somente em hipótese excepcional é possível a concessão judicial, já que esta contraria o consenso científico vigente. Nesta hipótese, exige-se a comprovação pelo autor não apenas de que o substituto terapêutico é ineficaz para o caso específico, mas também que o medicamento pleiteado, e não incorporado ao SUS para a patologia do autor, possui evidências científicas em relação à eficácia, acurácia, efetividade e segurança, por meio de estudos da Medicina Baseada em Evidências. Aumenta-se, assim, o ônus argumentativo do autor para justificar que a sua situação receba um tratamento diferenciado em relação aos demais usuários do SUS. O relatório final da CONITEC, mais uma vez, pode oferecer subsídios aos magistrados para decidir, trazendo respaldo técnico.

Note-se que, ao contrário do que ocorre em expressiva parte das demandas judiciais atuais, o ônus argumentativo não se resume à apresentação de prescrição ou ao laudo do médico do requerente afirmando que o substituto terapêutico disponível é inadequado ao tratamento do paciente. É necessária a apresentação de fundamentos técnicos mais robustos que embasem o pedido.

Por fim, nas hipóteses em que o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia, a omissão administrativa pode também ser objeto de impugnação judicial. A mesma cautela tomada pelos órgãos judiciais na situação anterior é exigida neste caso. É necessária a comprovação de que o medicamento pleiteado possui evidências científicas em relação aos diversos aspectos citados³⁷², sendo exigível a instrução processual, com ampla produção de provas. Somente cumprido este ônus pelo autor é que seria cabível a concessão judicial do fármaco.

CONCLUSÃO

³⁷² Destacou o Min. Barroso no voto do RE 566.471: “Se a lei exige que a decisão de incorporação (ou a negativa de incorporação) de fármaco ao SUS tenha como fundamentos critérios técnicos-científicos, não se deve permitir que esses requisitos sejam simplesmente ignorados pelo Poder Judiciário no âmbito de demandas individuais”. Cf. p.26 do voto.

Do total de óbitos ocorridos no Brasil em 2012, 74% foram relacionados a doenças crônicas não transmissíveis: doenças cardiovasculares, doenças respiratórias, câncer e diabetes. Considerável parcela destes óbitos foi prematura, ou seja, acometeu pessoas com idades de 30 a 69 anos e poderiam ter sido evitados³⁷³.

Estas doenças apresentam grande impacto socioeconômico, repartido entre o sistema de saúde, a sociedade e as famílias, e criam um círculo vicioso com a pobreza. Sua preponderância nas causas de mortalidade constitui o problema de saúde de maior magnitude no país, tendo seu enfrentamento se tornado prioridade em nível nacional. No período de 2000-2014, os maiores decréscimos das taxas de mortalidade prematura ocorreram nas regiões Sudeste e Sul (-5,6%), e o menor no Nordeste (-1.9%), região em que as diferenças foram estatisticamente significativas. Para o diabetes, a taxa de mortalidade prematura aumentou no Norte³⁷⁴.

Em período próximo ao acima, no ano de 2014, do total gasto pelo Ministério da Saúde para o cumprimento de ordens judiciais, 55% (R\$ 381 milhões), referiram-se a dois medicamentos, Soliris® e Naglazyme®, demandados para o tratamento de pacientes com doenças raras, ambos não incluídos nas relações de medicamentos do SUS ou nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Tratam-se dos medicamentos que geraram o maior custo para o Ministério da Saúde, destinados a atender apenas 382 pacientes. Como citado no Capítulo II deste trabalho, o custo médio anual por paciente foi de R\$ 941.541,19 no caso do Soliris®, e de R\$ 1.081.594,78 no caso do Naglazyme®.

A vida não tem preço. A garantia do direito constitucional à saúde pelo Estado deve levar em conta um ideal de distribuição de recursos públicos que permita maximizar a proteção à saúde de toda a população. Para esta tarefa, cabe ao Estado elaborar um difícil cálculo em relação à alocação dos recursos. Os dados citados na abertura desta Conclusão são exemplos das situações contrastantes que as autoridades de saúde têm que lidar ao formular a política de assistência farmacêutica. Como prover o tratamento de doenças cardiovasculares e diabetes que matam prematuramente milhares de indivíduos e, ao mesmo tempo, o de

³⁷³ Dados extraídos do estudo mais recente disponível. Saúde Brasil 2015/2016: uma análise da situação de saúde e da epidemia pelo vírus Zika e por outras doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 119-120.

³⁷⁴ Saúde Brasil 2015/2016: uma análise da situação de saúde e da epidemia pelo vírus Zika e por outras doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 124-125.

doenças raras que exigem medicamentos caríssimos, inacessíveis por meios próprios dos pacientes? Inevitavelmente, a finitude dos recursos impõe que escolhas trágicas sejam feitas.

Não se cogita, sob este aspecto, em uma ponderação do direito à saúde com o orçamento público, pois ambos não estão em igual hierarquia. Trata-se, isto sim, da necessidade do estabelecimento de prioridades, exigindo que os custos e as possibilidades reais de implementação sejam considerados, para que haja uma alocação equitativa dos recursos. Para tanto, as políticas públicas de assistência farmacêutica objetivam garantir a distribuição dos recursos orçamentários disponíveis e consideram uma série de circunstâncias fáticas, como a eficácia, a segurança e o custo-efetividade dos medicamentos, bem como são orientadas pelas diretrizes constitucionais do SUS, como a universalidade, a integralidade e a igualdade.

No Brasil, diante da pouca importância conferida ao procedimento decisório das autoridades de saúde, concretização judicial que prevalece relativamente ao direito à saúde ocorre pela via individual, por meio da realização da justiça para o caso concreto, a micro-justiça.

Partindo do contexto em que estão inseridas e de suas consequências imediatas e sistêmicas, verificou-se, por meio de dados empíricos de estudos, que as demandas judiciais por medicamentos não incorporados nas listas do SUS ou para uso fora dos protocolos clínicos não produziu resultados desejáveis para um sistema de saúde universal e igualitário, seja do ponto de vista financeiro e administrativo, seja com relação aos medicamentos concedidos e aos litigantes beneficiados. Estas circunstâncias tornam imprevisível o desfecho da atual situação nos próximos anos. A existência de um sistema de saúde universal e igualitário tem se tornado uma realidade distante de ser alcançada no país.

Sob este pano de fundo, pretendeu-se abordar uma alternativa para a interpretação judicial do direito à saúde predominante no Brasil, especificamente quanto à assistência farmacêutica, na tentativa de paulatinamente reduzir a judicialização da saúde e os riscos à equidade na distribuição dos recursos escassos.

A adoção do pragmatismo jurídico como marco teórico deste trabalho objetivou dar ênfase ao contexto e às consequências destas demandas. Voltado à atuação do intérprete, foi utilizado para fundamentar uma postura diversa da

prevalente na jurisprudência nacional, visando buscar soluções práticas para os problemas gerados pela judicialização e obter resultados mais justos e universalizáveis, respeitados os limites textuais e materiais da Constituição.

As demandas por assistência farmacêutica não prevista nas listas do SUS ou nos protocolos clínicos, movidas por particulares em face dos entes federativos, envolvem escassez de recursos públicos, controvérsias sobre a fixação de prioridades em saúde e questões de justiça distributiva. Representam, portanto, casos difíceis, que geram impactos para todo o sistema de saúde e que exigem uma estratégia decisória diferenciada. É neste cenário que se valorizou a atuação do juiz pragmatista.

Sensível às consequências imediatas da decisão, assim como às consequências para casos similares, o juiz pragmatista rejeita posturas fundacionalistas e não contextuais. Embora reconheça importância ao papel historicista dos precedentes, não se restringe a eles; interessa-se por aquilo que funciona e é útil. Para tanto, busca dados empíricos sobre os possíveis efeitos de suas decisões (como os estudos das demandas de saúde analisados neste trabalho), dá atenção a diversas teorias (a exemplo da teoria da *accountability* para a razoabilidade) e valora todos os fatores envolvidos ao decidir o caso, a fim de alcançar resultados razoáveis. Esta atuação pragmatista foi abordada no primeiro capítulo.

O segundo capítulo foi dedicado à análise da situação atual das demandas em que se pleiteiam medicamentos no país. No plano internacional, destacou-se que a Organização Mundial da Saúde define direito à saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não se restringe à ausência de doenças, bem como que o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao dispor sobre o "direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir", estabelece que as medidas para sua garantia devem ser adotadas pelos Estados "até o máximo de seus recursos disponíveis". No entanto, a jurisprudência predominante restringe a saúde aos cuidados médicos e desconsidera as razões das políticas públicas que embasaram a alocação dos recursos.

Objetivou-se demonstrar que as demandas por medicamentos não previstos nas listas do SUS ou nos protocolos clínicos transferem para o Poder Judiciário o debate sobre a fixação das prioridades e sobre o conteúdo da decisão alocativa em

políticas públicas, de modo que a decisão judicial acaba por redefinir, direta ou indiretamente, tais políticas, modificando as escolhas trágicas que já foram tomadas pela Administração. Desta forma, o atendimento das necessidades daqueles que conseguiram acessar o Judiciário, não raras vezes, dá causa à injustiça para os demais usuários do sistema de saúde.

Destacou-se ainda uma questão essencial. A redefinição de prioridades operada pela decisão judicial pela via individual exclui a participação da sociedade nos procedimentos alocativos. Em sociedades complexas e plurais que têm que lidar com a limitação de recursos, imperam os desacordos sobre quais devem ser as prioridades no atendimento das políticas de assistência à saúde. Por esta razão, o processo de definição das prioridades não pode ser feito de forma alheia aos valores da sociedade.

Voltemos aos exemplos que abrem esta Conclusão. Em um cenário de escassez de recursos, quem deve decidir entre aumentar os cuidados de saúde para evitar as mortes prematuras de pacientes portadores de doenças como diabetes ou fornecer o tratamento para doenças raras com remédios de alto custo que igualmente podem comprometer a vida dos pacientes? Ainda, será possível universalizar a prestação de saúde, concedendo-a para todos os necessitados, litigantes ou não? Como concluiu-se no segundo capítulo, tratam-se de temas que envolvem considerações de justiça distributiva que não têm seu *locus* próprio no Judiciário.

Nesse cenário, inspirando-se nas características do antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, e visando uma postura judicial que reduza os efeitos negativos da judicialização brasileira, o terceiro capítulo buscou demonstrar que boa forma de operacionalizar a aplicação do pragmatismo jurídico é a adoção do critério procedimental baseado na teoria da *accountability* para a razoabilidade, de Norman Daniels e James Sabin, sugerido como uma alternativa para o atual controle jurisdicional.

Enfatizou-se que a adoção do critério procedimental pelos órgãos judiciais, ao invés de discutir o conteúdo das políticas públicas de saúde, preocupa-se com os requisitos a serem cumpridos no procedimento de fixação de prioridades para que haja uma alocação justa, que origine escolhas administrativas fundamentadas e que respeite a equidade, produzindo resultados que beneficiem a todos, litigantes ou não.

A proposta do critério procedimental da *accountability* para a razoabilidade configura, portanto, uma estratégia pragmática, já que pretende instruir a atuação dos juízes com os meios para o enfrentamento dos problemas decorrentes da judicialização excessiva. Os dados dos estudos das demandas de saúde deixam claro a necessidade de os órgãos judiciais tomarem ciência dos impactos de suas decisões e das razões das escolhas administrativas. Antes de decidir, importa identificar quais são as prováveis consequências da decisão, quem suportará os custos e quem se beneficiará, quantas vidas serão salvas e a que preço.

Sob esta ótica, pretendeu-se demonstrar que a *accountability* para a razoabilidade desponta como um instrumento potencialmente apto a: reduzir a interferência judicial desordenada e seus impactos negativos; colaborar para educar os tomadores de decisão acerca dos aspectos indispensáveis relativos a uma decisão justa; possibilitar a responsabilização das autoridades de saúde pelo resultado das decisões públicas; assegurar que os escassos recursos públicos sejam investidos onde possam ser universalizados; e estimular a aprendizagem social sobre o estabelecimento de prioridades em saúde e os limites dos recursos orçamentários, propiciando o engajamento popular na tomada da decisão pública.

Nesse sentido, defendeu-se que a criação da CONITEC, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, pela Lei 12.401/2011, órgão responsável pela avaliação de tecnologias em saúde e que possui como um dos objetivos a redução da judicialização da saúde no país, auxilia na aplicação do controle jurisdicional procedimental estudado. O procedimento vigente para incorporação de tecnologia, alteração dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e atualização da Relação Nacional de Medicamentos fomenta a abertura ao diálogo com a sociedade civil e com os entes federativos e pretende promover a transparência e a ampla publicidade, bem como o uso de evidências científicas e critérios claros sobre a eficácia, a efetividade e a segurança das tecnologias e sobre a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, sugerindo uma aproximação com as condições previstas na teoria da *accountability* para a razoabilidade.

À luz do pragmatismo jurídico, examinou-se concretamente como atua a Comissão nas diversas etapas do processo de avaliação das demandas a ela submetidas, por meio de uma abordagem contextualista e consequencialista baseada em estudos empíricos até junho de 2016.

A conclusão a que se chega no terceiro capítulo é que o procedimento legal que embasa os atos da CONITEC pode, potencialmente, ter preparado o terreno para permitir uma mudança na forma como o Judiciário vem julgando as demandas de saúde, abrindo espaço para o controle jurisdicional com base na aplicação da teoria de que cuida Norman Daniels e James Sabin. Testando esta hipótese, a análise pragmática da atuação concreta da Comissão sinalizou que o cumprimento das condições previstas na referida teoria não é um cenário distante e inalcançável.

Naturalmente, não se pode afirmar, de forma generalizada, que o procedimento administrativo da CONITEC cumpre as condições da teoria da *accountability* para a razoabilidade. Tratar-se-ia de inaceitável idealização do órgão. Sugere-se, apenas, que a Comissão, a princípio, poderia cumpri-las, resultando na escolha de prioridades e na incorporação de tecnologias que visam ao acesso universal a todos os cidadãos, sobretudo em razão do esperado aprimoramento técnico, do regulamento do procedimento e do aumento do espaço para participação social na tomada de decisão. O exame pontual de cada demanda a ela submetida permitirá uma conclusão mais segura.

Como se supõe, o controle jurisdicional proposto não é uma panaceia para a redução da judicialização da saúde; é apenas mais uma alternativa que merece ser discutida. É neste ponto que reside nossa contribuição. Em comparação com o modelo prevalente, a proposta tem a virtude de exigir que a Administração Pública preste contas de sua atuação e demonstre as razões das decisões alocativas na assistência farmacêutica, com o fim de garantir o acesso igualitário e universal aos bens de um sistema de saúde que é de todos. Desta forma, o controle jurisdicional se mostraria cooperativo, auxiliando na concretização do direito à saúde, e tendente a produzir resultados mais desejáveis do que a forma atual de controle.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*. Faculty Scholarship Series. Paper 129, 1997, p. 794. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/129>. Acesso em: 2 jan. 2017.

ADLER, Matthew D; POSNER, Eric A. Rethinking cost-benefit analysis. *Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 109, 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2602>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Advocacia-Geral da União. *Intervenção Judicial na Saúde Pública*. Brasília: Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O Argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, p. 6-50, 2011. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.

AROUCA, Sérgio. *O dilema preventivista: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva*. São Paulo: Editora UNESP; Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, n. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; FLORENTINO, Juliana; SOUZA, Sérgio de; e BIANCO, Técio Bianco. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 2, p.457-483, mai.ago 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n.1, jul/dez. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

_____. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008, p. 15. Disponível em:<http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf>. Acesso em:11 dez 2017.

BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford University Press, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais no Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Forum, 2016.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI; e Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. 2. Brasília: UnB, 2004.

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does Public Accountability Work? An Assessment Tool. *Public Administration*, v. 86, n. 1, p. 225-242, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

BRASIL. *Balanco Conitec: 2012-2014*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <www.conitec.gov.br>. Acesso em: 10 jan 2018.

_____. *Constituição Federal*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. *Decreto n. 4.682, de 1923*. Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 1923. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. *Lei nº 12.401/11*. Brasília, 22 de abril de 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. *RENAME 2017-Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. Brasília : Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2017.

CAETANO, Rosângela; SILVA, Rondineli Mendes da; PEDRO, Érica Militão; OLIVEIRA, Ione Ayala Gualandi de Oliveira, BIZ, Aline Navega; SANTANA, Pamela. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*, v.22, n.8, p.2513-2525, 2017.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices - The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton, 1978.

CAPUCHO, Helaine Carneiro *et al.* Incorporação de Tecnologias em Saúde no Brasil: novo modelo para o Sistema Único de Saúde. *BIS*, v.13, n. 03, p.1215-1222, 2012.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of Judicial Process*. Dover: Dover Publications, 2012.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARRADAS, Rita De Cassia Barata; GOLBAUM, Moisés. Legal access to medications: a threat to Brazil's public health system? *Health Services Research*, v.17, n. 499, p.1-12, 2017. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5517947/>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandrino Bernardino *et al.* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

COASE, Ronald. The problem of social costs. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p.1-44, out.1960.

COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R.; KARSCH, Úrsula S. *A saúde como direito e como serviço*, v. 7. São Paulo: Cortez, 1991. Disponível em <http://www.cortezeditora.com/Algumas_paginas/Saude_como_direito_e_como_servi_co.pdf>. Acesso em 10 dez. 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Márcio Iório Aranha (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

_____. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandrino Bernardino *et al.* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

DANIELS, Norman. Accountability for reasonableness: Establishing a fair process for priority setting is easier than agreeing on principles. *BMJ*, v. 321, p.1300-1301, 25.nov.2000.

_____. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DANIELS, Norman; SABIN, James E. *Setting limits fairly: can we learn to share medical resources?* New York, NY: Oxford University Press, 2002.

DE WAAL, Cornelis. *Sobre pragmatismo*. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

DIEDERICH, Adele; WINKELHAGE, Jeanette; WIRSIK, Norman. Age as a Criterion for Setting Priorities in Health Care? A Survey of the German Public View. *PLoS ONE*, v.6, issue 8, 2011. Disponível em:<<https://doi.org/article/db74aed071a2489db5080b4ddc971f0a>>. Acesso: 11 dez. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EBADOLAH, Mitra. Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. *New York University Law Review*, v.83, issue 5, p.1565-1606, 2008.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

ESCOREL, Sarah. *Reviravolta na Saúde: Origem e Articulação do Movimento Sanitário*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

ESKRIDGE JR, William N. Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics. *The Yale Law Journal*, v. 114, p. 1279-1328, 2005.

FARBER, Daniel. Legal pragmatism and the Constitution. *Minnesota Law Review*, v. 72, p.1331-1378, 1988.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa, *University of Warwick School of Law*, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1458299>>. Acesso em:11 dez.2017.

_____. Book Review: J. Tobin, The Right to Health in International Law. *Human Rights Law Review*, v. 13, p. 191-206, 2013.

_____. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1642-1668, 2011.

FERRAZ, Otávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FONTE, Felipe de Melo. Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros gerais para a atuação judicial. *Rev.Dir.Proc.Geral*, Rio de Janeiro, v. 64, 2009.

FREIRE, Alonso. O Pêndulo de Posner. In: *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, v. 8, n. 2, p. 225-248, 2015.

FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDMAN, Alex. Beyond accountability for reasonableness. *Bioethics*, v. 22, p.101–112, 2008, p. 102.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

GOLDBERG, Daniel S.; MCGEE, Summer J. Pain as global public health priority. *BMC Public Health*, v. 11, p. 1-5, 2011.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista forense*, vol. 37, 2003.

GREY, Thomas. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, v. 18, n. 21, p. 21-42, 1996.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1967.

_____. The path of the law. *Boston University Law Review*, v.78, n. 699, p.699-715, 1998.

HOROWITZ, Donald L. *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution, 1977.

JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*. Trad. Jorge Caetano da Silva e Pablo Rubén Mariconda. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

LOPES, José Reinaldo Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição. *Revista USP*, n. 21, p. 22-33, 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26932>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism? *Cardozo Law Review*, v. 18, n. 43, p. 43-73, 1996.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS; Daniel Resende; GUERRA JR., Augusto Afonso; CHERCHIGLIAI, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, vol. 45, n. 3, p.590-598, 2011.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. *Encyclopedia of law and economics*, v. 1, p. 65-117, 2000.

MALTA, Débora Carvalho; SILVA, Marta Maria Alves da; ALBUQUERQUE, Geórgia Maria; LIMA, Cheila Maria de; CAVALCANTE, Tania; JAIME, Patrícia Constante; SILVA JÚNIOR, Jarbas Barbosa da. A implementação das prioridades da Política Nacional de Promoção da Saúde, um balanço, 2006 a 2014. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 19, n. 11, p. 4301-4311, 2014.

MAPELLI JR., Reynaldo. *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*. Tese de Doutorado (Faculdade de Medicina). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

McHALE, Jean V. Reflection on: "SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: accountability for reasonableness and the judicial model of procedural justice". *Health Economics, Policy and Law*, v. 10, issue 4, 2015.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHMARTZ, Ida. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & saúde coletiva*, v. 18, n. 4, Rio de Janeiro, 2013.

MÉDICI, André. A seguridade social e a saúde. In: BRASIL, Ministério da Previdência Social. *A Previdência Social e a Revisão Constitucional*. Brasília: CEPAL, 1994.

MENDONÇA, Eduardo. *Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde*. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude-27092016>> Acesso em: 12 dez. 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Forum, 2014.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MICHELMAN, Frank. The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification. *International Journal of Constitutional Law*, 2003.

MURRAY, Thomas. Socio-Economic Rights Versus Social Revolution? Constitution Making in Germany, Mexico and Ireland, 1917–1923. *Social & Legal Studies*, v. 24, n. 4, 2015.

NYGREN-KRUG, Helena. Saúde e direitos humanos na Organização Mundial da Saúde. In: *Saúde e Direitos Humanos*, ano 1, n. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-umanos/pdf/sdh_2004.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

PEREIRA, Viviane Cássia; SALOMON, Flávia Cristina Ribeiro; SOUZA, Andrea Brígida de. Critérios para decisões sobre incorporação de tecnologias em saúde no Brasil e no mundo. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, v. 6, n. 4, p. 3066-3093, out. 2015.

PETTIT, Philip. *Consequentialism*. Aldershot: Dartmouth, 1993.

PILDES, Richard H. Forms of formalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, p. 607-621, 1999.

PINHO, Michaela Moreira. Fórum: racionamento dos cuidados de saúde: problemática inerente. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 24, mar. 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones: Derechos Sociales*, n. 4, p. 99-144, 2004. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/discusiones--0/html/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Nova York, 22 de julho de 1946. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso: 10 dez. 2017.

PEACOCK, Stuart; BALTUSSEN, Rob; IJZERMAN, Maarten Joost; BOYSEN, Meindert; KALO, Zoltan; THOKALA, Praveen; LONGRENN, Thomas; MUSSEN, Filip; WATKINS, John; DEVLIN, Nancy; MARSH, Kevin. Multiple Criteria Decision Analysis for Health Care Decision Making. Emerging Good Practices Task Force. *Value in Health*, v. 19, p.1-13, 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Conseqüências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). *Revista de Direito Administrativo*, v. 247, p. 181-193, dez. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41556>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e Política. *Revista Novos Estudos Cebrap*, n. 62, p.107-121, mar. 2002.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*, v. 35, n. 1/2, p.147-159, 2004.
POSNER,

_____. What has pragmatism to offer law. *Southern California Law Review*, v. 63, n.1653, p.1653-1670, 1990.

RABELO, Roberta Buarque; PETRAMALE, Clarice Alegre; SILVEIRA, Lívia Costa da; SANTOS, Vania Cristina Canuto; GONÇALVES, Helcio Caixeta. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, v. 6, n. 4, p. 3225-3240, out. 2015.

RAWLS, John. *O direito dos povos e A ideia de razão pública revista*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Rid, A. How Does "Accountability for Reasonableness" Result in Fair Limit-Setting Decisions? *Journal of Medical Ethics*, v. 35, no. 1, p. 12-16, jan. 2009.

RORTY, Richard. The banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. In: BRINT, Michael; WEAVER, William. *Pragmatism in law and society*. San Francisco: Westview, 1991.

ROSENFELD, Michel. Pragmatism, Pluralism, and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech. *Cardozo Law Review*, v.18, n. 85, p.97-151, 1996.

ROWLEY, Charles K. Common Law in Public Choice Perspective: A Theoretical and Institutional Critique, *The Hamline L. Rev.*, v. 12, 1988.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos do princípio da integralidade*. Disponível em: <http://www.idisa.org.br/site/documento_3579_0__sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html>. Acesso em: 10 dez. 2017.

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*, n. 67, p. 125-172, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Rev. Elet. Sobre a Reforma do Estado*, n.11, 2007.

SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p.311-344, mai-ago 2016.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. A Philosophical examination of rule based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 1997.

SEIPP, David. Holmes's Path. *Boston University Law Review*, v. 77, p. 515-558, 1997.

SOMIN, Ilya. *Thoughts on judge Richard Posner's legal pragmatism*. The Washington Post, set. 2017. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/09/02/thoughts-on-judge-richard-posners-legal-pragmatism/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 1999.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Working Papers in Law and Economics*, nº. 156, p. 1-57, 2002.

SYRETT, Keith. Health technology appraisal and the courts: accountability for reasonableness and the judicial model of procedural justice. *Health Economics, Policy and Law*, n.6, p. 469–488, 2010.

_____. *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care: A Contextual and Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. NICE work? Rationing, review and the “legitimacy problem” in the new NHS. *Medical Law Review*, v.10, issue 1, p. 1-27, 2002.

TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

_____. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Oxford: Cambridge University Press, 2006.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de medicamentos pelo Estado. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, vol.55, 2002, p. 109-110.

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

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro, 2004.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017. Sessão 16/08/2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de doutorado (Faculdade de Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais a política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, vol. 41, n.2, p. 215-222, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare?: the judicial review of rationing decisions in Brazil and England*. Tese de Doutorado (Department of Law). The London School of Economics and Political Science, Londres, 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, v. 8, p. 439-568, jul-dez. 2008.

WANG, Philip. *Pragmatism and Consequentialism*. New York: Columbia University – Law School, 2007.

YAMIN, Alicia Ely. Rumo a uma prestação de contas transformadora: uma proposta de enfoque com base nos direitos humanos para dar cumprimento às obrigações relacionadas à saúde materna. *SUR*, v. 7 , n. 12 , p. 99-127, jun. 2010.

ZIMMERMANN, Ivan Ricardo; OLIVEIRA, Eduardo Freire de; VIDAL, Ávila Teixeira; SANTOS, Vania Cristina Canuto; PETRAMALE, Clarice Alegre. A qualidade das evidências e as recomendações sobre a incorporação de medicamentos no Sistema Único de Saúde: uma análise retrospectiva. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, v. 6, n. 4, p. 3043-3065, out. 2015.