

A POLÍTICA DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL: DA EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS AOS CASOS DIFÍCEIS – SERIA POSSÍVEL UMA RESPOSTA CERTA?

THE DISPENSATION DRUG POLICY IN BRAZIL: FROM CHARGEABILITY OF THE SOCIAL RIGHTS TO HARD CASES – A RIGHT ANSWER WOULD BE POSSIBLE?

Andressa Fracaro Cavalheiro¹

José Alcebiades de Oliveira Júnior²

RESUMO: Trata o presente artigo da judicialização da saúde no Brasil tendo como parâmetro a política de dispensação de medicamentos, a partir do caso concreto envolvendo o medicamento *Soliris*, sem registro junto à Anvisa. A judicialização é abordada a partir de conceituações relacionadas à exigibilidade do direito à saúde, dada sua natureza subjetiva e sua fundamentalidade, posto que reconhecido no texto constitucional, além de abordar as possibilidades de sua exigibilidade direta. Como teoria de base para análise das decisões emanadas, mormente porque contrárias, utiliza-se a teoria de Ronald Dworkin no que tange à resposta certa, ou seja, a teoria segundo a qual o juiz deve descobrir qual é o direito da parte, ainda que não haja uma regra clara a respeito do caso ou, então, que haja a prevalência de princípios, a partir das distinções propostas pelo autor. Para consecução do presente trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, por meio da técnica de pesquisa indireta, com consulta a livros, periódicos, jurisprudência e legislação vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Política de Medicamentos. Exigibilidade dos direitos sociais. Judicialização da saúde. Teoria da resposta certa.

ABSTRACT: This article present the legalization of health in Brazil, having as parameter the policy of dispensing drugs from the case involving the drug *Soliris*, without registration with ANVISA. The judicialization is approached from concepts related to the enforceability of the right to health, given its subjective nature and its fundamentality, since recognized in the

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, *campus* de Francisco Beltrão. Advogada. Membro titular da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Pesquisadora dos seguintes grupos de pesquisas, vinculados ao CNPq: Grupo de Estudo e Pesquisa em Direitos Humanos, junto à Unioeste e Grupo de Pesquisa em Governo Eletrônico – E-gov, junto à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Membro dos seguintes grupos de pesquisa, também vinculados ao CNPq: Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Justiça e Cidadania nas Práticas Judiciárias Brasileiras – Estudos de Caso, e, Teoria e Prática dos Casos Difíceis no Direito, todos junto à UFRGS. Advogada.

² Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Filosofia do Direito e da Política pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista produtividade do CNPq. Coordenador dos seguintes Grupos de Pesquisa: Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Justiça e Cidadania nas Práticas Judiciárias Brasileiras – Estudos de Caso, e, Teoria e Prática dos Casos Difíceis no Direito, todos devidamente cadastrados junto ao CNPq. Advogado.

Constitution, and to discuss the possibilities of its direct enforceability. As a basic theory to analyze the decisions made, especially because contrary, we use the theory of Ronald Dworkin regarding the right answer, ie the theory that the judge must figure out which is the right of the party, though there is no clear rule regarding the case, or else there is the prevalence of principles from the distinctions proposed by the author. For achievement of this work we used the method of approach and the deductive method analytical procedure, using the technique of indirect research, consultation with the books, periodicals, case law and legislation.

KEYWORDS: Right to health. Medicines Policy. Chargeability of the social rights. Judicialization of health. Theory of the right answer.

1 Introdução

Em face do cenário constitucional contemporâneo não se pode deixar de reconhecer o impacto que as decisões judiciais provocam nos diversos setores da economia e da sociedade, ainda que não somente em termos orçamentários, mas também no que tange às diversas políticas públicas, revestindo-se de importância, desse modo, a questão da jurisdicionalização.

No Brasil as decisões judiciais que envolvem ações e serviços de saúde têm sido objeto de acalorados debates e marcam posicionamentos não só distintos em sua fundamentação, mas, em muitas circunstâncias, absolutamente opostos. A preocupação com tais questões têm sido tão fortemente marcada no cenário jurídico nacional a ponto de, há pouco mais de três anos, a temática merecer a realização de uma Audiência Pública organizada pelo Supremo Tribunal Federal, sob presidência do Ministro Gilmar Mendes, objetivando estabelecer parâmetros para as decisões judiciais a serem exaradas neste respeitante.

Ora, sendo o direito à saúde um direito subjetivo e, portanto, a ser garantido pelo Estado por meio de políticas econômicas e sociais, a compatibilização (possível?) entre os recursos materiais disponíveis e as demandas existentes há que ser considerada, não sendo possível olvidar, nesta tentativa de compatibilização que as demandas relativas à saúde caracterizam-se por envolverem questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas podendo ser consideradas, em nosso entender, como uma espécie de “caso difícil”, porque a solução dificilmente é clara e exata, cabendo ao juiz, ao decidir a lide, apontar a sua interpretação sobre o que entende seja a correta solução ao caso trazido à sua apreciação. Ainda que o direito seja uma ciência interpretativa, é justamente a “interpretação” da lei ou do direito que se torna problemática.

Sendo assim, pretende-se, neste trabalho, lançar algumas questões reflexivas sobre este tipo de demanda, notadamente no que concerne à dispensação de medicamentos, utilizando-se, sempre que possível, a perspectiva dworkiana como base de tais questões reflexivas.

2 Dworkin e os “casos difíceis”: fixando bases de entendimentos comuns

Ronald Dworkin, professor de Teoria do Direito na New York University e um dos principais filósofos do direito contemporâneo, tem impactado o mundo com suas idéias, notadamente no que pertine ao papel que os princípios morais desempenham em sua teoria do direito e da política e no que se refere ao significado que atribui à ideia de interpretação do direito. Para Dworkin, a normatividade do direito pressupõe e requer a incorporação de uma dimensão interpretativa donde há de surgir uma resposta certa, ancorada na melhor justificação (ou argumentação jurídica) e limitada por critérios como os de integridade, economicidade argumentativa e coerência³.

É a partir destes entendimentos que Dworkin se propõe a tratar dos chamados casos difíceis⁴. Mas o que são casos difíceis? Segundo Guest (2010, p. 163) Dworkin “popularizou a idéia de ‘caso difícil em um novo sentido’ considerando-o como “uma situação no direito que dá origem a discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição de direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes *determinantes* da questão”.

Para Dworkin (2002, p. 127) o juiz, ao decidir a causa, não pode “inventar direitos retroativamente” porque tem o “dever de descobrir quais são os direitos das partes” ainda que nenhuma regra regule o caso. Não há, segundo, adverte,

nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos

³ Informações e considerações feitas a partir de MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento (apresentação). In: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁴ Sobre o tema dos casos difíceis veja-se OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000, notadamente o capítulo X – Acerca da teoria dos casos difíceis no direito – p. 109-119. Neste capítulo o autor implementa uma importante discussão acerca da idéia de que para toda decisão judicial existe uma resposta correta, considerando a tese dworkiana a que eleva o Estado democrático de direito à condição de paradigma para as decisões judiciais. Assim, aduz o autor que Dworkin, em certo sentido, defende a tese de que os ordenamentos jurídicos são integrados por normas que, por um lado, são regras em sentido estrito, e que, por outro, são princípios em sentido amplo, sustentando, na verdade a existência de valores fundantes que podem servir de orientação para a aplicação das mesmas em casos de conflito ou antinomia.

irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos (DWORKIN, 2002, p. 128).

Mas se não há um procedimento mecânico que vá demonstrar o direito das partes como se devem julgar os casos difíceis? Para responder esta questão, Dworkin vai apontar as fragilidades das mais conhecidas teorias da decisão judicial e demonstrar a importância dos princípios, vínculo do qual não pode desprender-se o juiz quando decide, ainda que em casos difíceis.

Neste caminho é importante frisar as distinções feitas por Dworkin, especialmente a distinção entre princípios e regras. Segundo diz,

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. (DWORKIN, 2002, p. 39/42).

Também Dworkin distingue argumentos de princípio e argumentos de política.

Assim:

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

Então, enquanto os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, os argumentos de política destinam-se a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são, portanto, proposições que descrevem direitos enquanto as políticas são proposições que descrevem objetivos. (DWORKIN, 2002, p. 141).

Prosseguindo com as distinções, Dworkin assevera que uma teoria (de decisão judicial) que se pretenda adequada fará uma distinção entre direitos preferenciais e institucionais: os primeiros fornecendo uma justificativa para as decisões políticas tomadas

pela sociedade em abstrato, e o últimos oferecendo uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica (DWORKIN, 2002, p. 145).

Ainda, uma teoria adequada fará distinção entre direitos abstratos e direitos concretos e, portanto, entre princípios abstratos e princípios concretos. Desta feita,

um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral dever ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos. Neste sentido, os grandes direitos da retórica política são abstratos. Os políticos falam de um direito à liberdade de expressão, à dignidade ou à igualdade, sem sugerir que estes direitos são absolutos e sem tentar sugerir seu impacto sobre situações sociais particulares e complexas. Por outro lado, os direitos concretos são objetivos políticos definidos com maior precisão, de modo que expressam com mais clareza o peso que possuem, quando comparados a outros objetivos políticos em ocasiões específicas. Suponhamos que eu não diga simplesmente que os cidadãos têm um direito à liberdade de expressão, mas que um jornal tem o direito de publicar projetos de defesa classificados como secretos, desde que tal publicação não coloque tropas diante de um perigo físico iminente. Meu princípio toma partido em favor de uma solução particular do conflito que ele reconhece existir entre o direito abstrato à livre expressão, por um lado, e os direitos concorrentes dos soldados à segurança ou às necessidades prementes de defesa, por outro. (DWORKIN, 2002, p. 146).

Vê-se, portanto, que os direitos abstratos fornecem argumentos em favor dos direitos concretos, mas as alegações em favor de um direito concreto são mais conclusivas do que qualquer alegação em favor de um direito abstrato que sustente esse direito concreto.

Duas últimas distinções também merecem figurar neste trabalho: a distinção entre direitos contra o Estado e direitos contra o cidadão; e a distinção entre direitos universais e especiais. Os direitos contra o Estado justificam uma decisão política que não pode prescindir da ação de algum órgão governamental, enquanto que os direitos contra o cidadão justificam uma decisão de exercer coerção contra determinados indivíduos. Já no que pertine aos direitos universais e especiais, a distinção repousa no fato de que os primeiros estão previstos para todos os membros da comunidade, com as únicas exceções dos fenômenos como a incapacidade ou a punição, e os últimos somente para um segmento da comunidade, ou talvez apenas um de seus membros. (DWORKIN, 2002, p. 147, nota de rodapé 7).

Se a solução apontada por Dworkin para resolução dos casos difíceis se assenta no modelo de princípios, como reduzir eventual incerteza e insegurança? Mediante a justificação de critérios objetivos, razão pela qual a decisão judicial deve reconhecer o direito como integridade, ou seja, estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal. Sobre o ideal dworkiano do direito como integridade, veja-se:

O direito como integridade pede que os juizes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. Mas [...] a integridade não recomenda o que seria perverso, que deveríamos todos ser governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões. Não insiste em que um legislativo que hoje promulga um conjunto de regras sobre a indenização, para tornar mais rica a comunidade, comprometa-se de alguma maneira com esse mesmo objetivo político amanhã. [...] Nossa análise da interpretação, e a conseqüente eliminação da interpretação, entendida como um simples apelo à política, reflete uma discriminação já latente na própria ideia de integridade. (DWORKIN, 2003, p. 291).

O ideal dworkiano é bem representado pela sua figura mais inventiva: Hércules, um jurista, em suas palavras, “de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (DWORKIN, 2002, p. 165). Hércules seria capaz de realizar a interpretação coerente com as regras, princípios e decisões judiciais existentes na prática jurídica de sua comunidade e não os seus princípios de conduta pessoal. E, quando mais de uma solução se apresentasse afinada com esta prática, ele, em busca da resposta “certa”, optaria pela que, do ponto de vista da moral política, melhor refletisse a estrutura das instituições e decisões da comunidade e que melhor represente o Direito histórico e o Direito vigente. (DWORKIN, 2002, p. 165/205).

Dworkin diz que a técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais (2002, p. 203), ou seja, uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica, ainda que, fora do mundo ideal, não seja possível ignorar a existência da falibilidade judicial, já que a opinião de qualquer juiz sobre os direitos das partes nos casos difíceis pode estar equivocada (DWORKIN, 2002, p. 202).

Ainda que Dworkin reconheça a falibilidade judicial, há críticas à sua figura mitológica e ao modelo de juiz que representa, o qual, para Ost (2003, p. 115), recebe a alcunha de “juiz assistencial”, que, “expiando [...] a dureza do liberalismo econômico que se desenvolveu sob o amparo do ‘juridicismo formal’ [e a] miopia legalista da exegese do século XIX [...]”. Este juiz “assistencial” estaria presente em todas as frentes, decidindo e aplicando normas, mas também aconselhando, orientando, prevenindo, adaptando suas decisões ao grau de circunstâncias e necessidades, controlando a aplicação das penas; sendo, em verdade, um engenheiro social.

Prossegue Ost (2003, p. 116) dizendo que no “direito herculeano” a efetividade é condição necessária e suficiente para a validade e, assim, nem a legalidade da regra, nem sua legitimidade são levadas em consideração. Não mais a decisão derivaria da regra, mas a regra é que derivaria da decisão e, a substituição do código, ou seja, da legalidade estritamente

considerada⁵, ocasionaria não mais o pluralismo, mas uma dispersão sem sentido. É assim que para Ost, Hércules distancia-se de sua condição humana e eleva-se a alguma forma de racionalidade superior, tornando-se um juiz racional que “leva os direitos fundamentais a sério”, que “domina o império do Direito”, que se consagra em toda ocasião, e particularmente nos casos difíceis, a encontrar a resposta certa que se impõe. Mas, e aí a crítica de Ost, o Hércules Dworkiano, ao postular a unidade do Direito da qual faz de si mesmo paladino não se diferenciaria, realmente, daquele que raciocinaria postulando a racionalidade do legislador, ou seja, o juiz legalista, a que veio substituir Hércules. (OST, 2003, p. 117-118).

Mas, ainda que Dworkin reconheça que sua tese de resposta correta seja fraca e de sentido comum – ao tratar das relações entre pragmatismo e direito e, deste modo, analisar como se devem tomar decisões que em qualquer caso se deva tomar e quais das respostas que de qualquer modo se pensará serem corretas, melhores, verdadeiras ou sólidas, realmente o sejam, sob o curioso título a confusão da resposta correta (tradução livre para “el fárrago de la respuesta correcta”) – afirma sua existência para alguns casos difíceis, senão vejamos:

Como tengo dicho, mi propuesta sobre las respuestas correctas em los casos difíciles es una tesis jurídica muy débil y de sentido común. Es una tesis formulada desde el interior de la práctica jurídica y no desde otro nivel filosófico, supuestamente externo e alejado. Me pregunto si en los casos difíciles puede en alguna ocasión decirse que resulta sensato, correcto o preciso afirmar, em el sentido en que los abogados podrían hacerlo, que el derecho correctamente entendido le da la razón al demandante (o al demandado). Y contesto que sí, que en algunos casos difíciles algunas afirmaciones como las anteriores resultan sensatas, correctas o precisas. (De hecho, sostengo que alguna afirmación de tal tipo es característica o generalmente sensata en los casos difíciles. Pero en esta discusión sobre el *tipo* de tesis que sostengo podemos prescindir de esta más ambiciosa afirmación.). (DWORKIN, 2007, p. 52-53).

Assim, a despeito das críticas e ainda que o próprio Dworkin diga que sua proposta sobre a resposta certa nos casos difíceis seja fraca e de sentido comum, é possível que, em alguns casos difíceis, ela exista, sendo possível, portanto, afirmar que o entendimento correto do direito resultaria, ao se atribuir a razão a uma das partes litigantes, num reconhecimento sensato, correto ou preciso. Obviamente que esta resposta só se poderá encontrar mediante uma argumentação jurídica comum, tema que, embora mereça digressões, não será objeto deste trabalho.

⁵ Aqui a idéia de que a regra valeria se ditada por autoridade competente e de acordo com certos procedimentos, sem qualquer preocupação com legitimidade e efetividade.

A par desta possibilidade, então, de que em alguns casos difíceis seja possível afirmar que o direito corretamente entendido dê razão a uma das partes (resposta certa), não se pode esquecer – e Dworkin tem isso sempre em mente – de que os casos difíceis são difíceis justamente porque os juristas não estão de acordo sobre qual seria a melhor decisão, se dar razão ao demandante ou ao demandado, é que vamos colher algumas decisões judiciais recentes e díspares sobre o mesmo fato, e, a partir daí, exercitar nosso juízo sobre quem tem (ou deveria ter razão). Todavia, e por tratarem-se tais casos difíceis do direito social à saúde, vejamos antes algumas notas sobre sua exigibilidade.

3 A exigibilidade dos direitos sociais

Em Estados como o brasileiro, a saúde é reconhecida constitucionalmente como um direito social. A consequência de tal reconhecimento é que o direito à saúde goza de uma tutela reforçada pelo ordenamento jurídico pátrio. Além disso, o direito à saúde é verdadeiro direito subjetivo, outorgando fundamento para justificar o direito a pretensões. Por isso, Mello (2009, p. 52) afirma “ser irrecusável o direito dos cidadãos em postular jurisdicionalmente os direitos que decorrem das normas constitucionais reguladoras da Justiça Social”.

A saúde, tal qual os demais direitos fundamentais, ou seja, aqueles reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (SARLET, 2007, p. 35), é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade (LEAL, 2009, p. 32). Neste condão também vai o pensamento de Luño (2005, p. 193), para quem os poderes públicos assumem a responsabilidade de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações e serviços públicos adequados para suprir suas necessidades vitais (tradução livre).

A saúde é, além de um direito fundamental e subjetivo, um direito social. Mas o que é um direito social? Luño (2005, p. 192-193) refere que direitos sociais, em acepção ampla, são sinônimos dos direitos econômicos, sociais e culturais e, em acepção restrita, referem-se aos direitos fundamentais dirigidos a tutelar a atividade prática do ser humano em sua condição de trabalhador. Os direitos sociais, assim, guardam relação com o Estado chamado Social, ou seja, aquele surgido na virada do XX. Os direitos sociais, também chamados prestacionais ou de segunda geração (ou dimensão) ou positivos, permitem ser compreendidos em dois sentidos: o objetivo e o subjetivo.

De acordo com Luño (2005, p. 184), o sentido objetivo resulta do conjunto de normas por meio das quais o Estado cumpre a sua função de (re)equilibrar as desigualdades sociais, enquanto que o sentido subjetivo relaciona-se às faculdades dos indivíduos e dos grupos em participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em direitos e prestações diretas ou indiretas por parte do Estado.

Os direitos sociais encontram guarida na tutela internacional, mormente através de instrumentos jurídicos importantes, como é caso do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, cujo objetivo, segundo Piovesan (2008, p. 174) é a adoção de uma linguagem de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, mediante a sistemática da *international accountability*, ou seja, criando obrigações aos Estados Partes e ensejando responsabilização internacional em caso de violação dos direitos enunciados nele.

O PIDESC faz referência expressa à saúde em seu artigo 12, onde há o reconhecimento da saúde como um conjunto que envolve não só a ausência de doenças, mas um bem estar físico, mental e social, em consonância com o conceito de saúde formulado pela Organização Mundial de Saúde, realçando-se, ainda, o caráter preventivo das medidas e ações de saúde, bem como o caráter universal e igualitário de acesso às ações e aos serviços de saúde (BRASIL, 1992).

Desta feita, a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais é uma preocupação não só do Estado brasileiro, que o reconhece como fundamental, mas também internacional, do que o mencionado PIDESC é o exemplo pungente.

Os direitos econômicos, sociais e culturais – como o é a saúde – enfrentam alguns obstáculos que dificultam sua tutela judicial, os quais podem ser superados por duas linhas estratégicas: a da exigibilidade direta, que é aquelas nas quais o objeto da atuação judicial tem como sustentação a invocação direta de um direito econômico, social ou cultural; e a da exigibilidade indireta, segundo a qual a tutela do direito social se obtém a partir da invocação de um direito distinto. (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011, p. 165).

Explicitando a exigibilidade direta, prosseguem os autores dizendo que

Quando a conduta exigível do Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais resulta claramente determinável, não existe impedimento teórico para considerar que estes direitos são diretamente exigíveis por via judicial, seja a partir da demanda individual, seja através da articulação de uma demanda coletiva [...]. Todo direito – tanto os classificados como “civis e políticos”, como os econômicos, sociais e culturais – implica diferentes “níveis” de obrigações: uma de respeitar o direito, outra de proteger e uma obrigação de satisfazer o direito em questão. (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011, p. 165-166) – destaques no original.

No caso específico do Brasil, quer nos parecer que o conteúdo do artigo 196 da Constituição da República Federativa promulgada em 05 de outubro de 1988, ao referir ser a saúde direito de todos e dever do Estado, faz com sua conduta possa ser claramente determinável, seja para que, em casos concretos, se possa exigir o respeito ao direito à saúde, sua proteção ou, então, a obrigação de satisfazê-lo.

Quer nos parecer, assim, que o direito à saúde é plenamente exigível, seja por ser, no Brasil, um direito fundamental, seja por ter natureza subjetiva, seja por ser garantidor de um mínimo existencial, seja por ser conduta claramente determinável. Isto posto, a judicialização do direito à saúde não pode ser considerada equivocada ou desnecessária, ainda que se possam discutir o resultado das suas decisões e os impactos que tais decisões causam na Sociedade.

Fixada esta situação no que tange à exigibilidade do direito à saúde, destacadamente no Brasil, vejamos situações concretas onde tal direito foi exigido e, para o qual, a solução apontada foi distinta.

4 As várias interpretações relativas à concretização do direito à saúde no Brasil: o fornecimento do *Soliris*, o medicamento mais caro do mundo, e a possível grave lesão à saúde pública

A edição da primeira quinzena de março de 2012 da Revista Época fez surgir, fora dos tribunais, uma discussão pública sobre o que deve ou não ser pago pelo Sistema Único de Saúde. Explica-se: a reportagem dá conta de um paciente, portador de moléstia denominada *hemoglobinúria paroxística noturna (HPN)*, uma forma rara de anemia cujo tratamento seria possível mediante o uso do fármaco denominado *Soliris*, nome comercial do princípio ativo *eculizumabe*.

O custo do medicamento é altíssimo: US\$ 6.290,00 (seis mil e duzentos e noventa dólares) a unidade e, assim, pode chegar a quase R\$1.000.000,00 (um milhão de Reais) por ano, para cada paciente. O medicamento não é fabricado no Brasil, sendo comercializado exclusivamente por uma única empresa.

O primeiro fator de controvérsia relativo a este medicamento reside no fato de que não fazer parte da lista oficial de medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de

Saúde, a RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. O segundo, que não encontra-se registrado junto à Anvisa, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (recentemente alterada pela Lei 12.466, de 24 de agosto de 2011), regulamentada pelo Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011, prevê em seus dispositivos critérios e requisitos para a dispensação de medicamentos, uma das formas de execução de ações de saúde incluídas no campo de atuação do SUS.

Todavia, em que pese a existência de dispositivo legal regulamentando a matéria e, portanto, de uma *regra*, o judiciário, de um modo geral, tem feito uma interpretação *principlológica* do art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, que expressamente reconhece a saúde como 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.

Assim, por conta deste dispositivo constitucional, tem o judiciário tratado de uma diversidade de teses que buscam definir como e em que medida o direito constitucional à saúde traduz-se em um direito público subjetivo, passível, portanto, de garantia pela via judicial, dadas as divergências decorrentes da natureza prestacional deste direito e da necessidade de compatibilização entre mínimo existencial e reserva do possível.

Numa tentativa de solução das diversas controvérsias neste respeitante, o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública de saúde, como noticiado inicialmente, reconhecendo, por meio do voto proferido pelo então presidente da Corte e relator de vários processos envolvendo a matéria, Ministro Gilmar Mendes, a inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais o que implicaria, em alguma medida, em escolhas trágicas pautadas por critérios de macrojustiça (BRASIL, 2010, p. 80). Ou seja, não sendo possível atender a todos, há que se escolher aqueles que serão atendidos.

Ainda que o voto proferido seja de importância ímpar e que tenha estabelecido critérios para a concessão ou denegação de ações e serviços de saúde exigidos juridicamente, necessário se faz, dado os limites deste trabalho, repisá-lo especificamente nas questões afetas ao fornecimento ou não fornecimento de medicamento de alto custo, não constante da listagem de medicamentos essenciais do SUS e sem registro junto à ANVISA.

Assim, do voto depreende-se que em casos onde se discuta a interferência do Judiciário na esfera dos outros poderes, o primeiro parâmetro a ser adotado para a decisão é da existência ou não de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela

parte, porque o deferimento de uma prestação de saúde incluída em políticas econômicas e sociais formuladas pelo SUS apenas configura-se como o reconhecimento de um direito subjetivo público a tal política pública. (BRASIL, 2010, p. 92).

Todavia, adverte-se, na decisão, que a simples inexistência de política pública a subsidiar a prestação de saúde pleiteada não determina o seu indeferimento de imediato, eis que se deve analisar se a não prestação é decorrente de (1) omissão legislativa ou administrativa; (2) de uma decisão administrativa de não a fornecer ou, (3) de uma vedação legal a sua dispensação. (BRASIL, 2010, p. 93).

Neste sentido, a posição adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, baseada nos posicionamentos defendidos na Audiência Pública pelo Procurador-Geral da República e pelo Diretor-Presidente da ANVISA, é de reconhecer a vedação imposta à Administração Pública no fornecimento de fármaco que não possua registro neste órgão, eis que tal registro é condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, primeiro requisito, pois, para que o SUS considere sua incorporação (na RENAME). Tal regra, entretanto, não é absoluta, haja vista que a própria ANVISA, em casos excepcionais, poderá autorizar a importação de medicamento não registrado. (BRASIL, 2010, p. 93).

Outro dado é apontado pelo voto e que ser considerado nas decisões de prestações de saúde: a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, que pode decorrer de: (1) tratamento alternativo ofertado pelo SUS, mas não adequado a determinado paciente, ou (2) da inexistência de tratamento específico para determinada patologia. (BRASIL, 2010, p. 94).

No que tange ao não fornecimento de prestação de saúde pela existência de tratamento alternativo pelo SUS, este deve ser privilegiado em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política pública existente”. Este dado, contudo, não impede o Judiciário, ou a própria Administração, de decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso específico. (BRASIL, 2010, p. 95-96).

Quanto à inexistência de tratamento específico no âmbito do SUS, há que se diferenciar tratamento puramente experimental dos novos tratamentos ainda não testados pelo SUS. Assim, tem-se que

[...] a inexistência de protocolo clínico do SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.

Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. (BRASIL, 2010, p. 97).

Assim, a partir do entendimento esposado pelo STF poderíamos fazer os seguintes questionamentos acerca do medicamento *soliris* e, a partir daí, falar de seu fornecimento ou não pelo SUS. Primeiro questionamento: O medicamento é registrado junto à ANVISA? Por qual motivo o medicamento não possui registro? O registro foi solicitado? Há impedimento para o registro? Houve pedido para que a ANVISA autorizasse sua importação? Se sim, qual o motivo de sua negativa?

A resposta a estes questionamentos poderia encerrar o caso ou, então, possibilitar o questionamento seguinte. A negativa de fornecimento deste medicamento pelo SUS aconteceu? Se sim, a motivação reside no fato de haver tratamento alternativo ofertado ou de não haver tratamento específico? Se há tratamento específico foi comprovada sua ineficácia em relação ao solicitante? A inexistência de tratamento no âmbito do SUS se dá porque o tratamento é puramente experimental ou trata-se de um tratamento novo ainda não testado?

A partir destas premissas, quais sejam, Lei 8.080/90 (com alterações introduzidas pela Lei 12.466/11) e seu regulamento (Decreto 7.508/11), bem como os parâmetros fixados pela Corte Constitucional Brasileira a partir da Audiência Pública de Saúde, vejamos a ementa de algumas decisões:

AGRAVO REGIMENTAL IMPETRANTE PORTADOR DE HEMOGLOBINÚRIA PROXÍSTICA NOTURNA HPN FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA ECULIZUMABE FÁRMACO DE ALTÍSSIMO CUSTO LIMINAR INDEFERIDA. I NÃO HÁ FUMAÇA DO BOM DIREITO SE O MEDICAMENTO NÃO ESTÁ REGISTRADO NA ANVISA NEM FOI APROVADO PELA COMISSÃO PERMANENTE DE PROTOCOLOS ASSISTENCIAIS DA COORDENAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA. NÃO HÁ CONTROLE "DOS EVENTOS ADVERSOS E DOS EFEITOS COLATERAIS DO MEDICAMENTO", QUE CUSTA APROXIMADAMENTE R\$1.000.000. (UM MILHÃO DE REAIS) POR ANO, PARA CADA PACIENTE. II. EVENTUAL CONCESSÃO DO MANDAMUS DEVE SER PRECEDIDA DE MÍNIMO CONTRADITÓRIO, ANTE AS SIGNIFICATIVAS CONSEQUÊNCIAS À ADMINISTRAÇÃO. III –AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (TJDF – Mandado de Segurança MS 196199520108070000. Data de Publicação: 29/03/2011).

A decisão proferida neste Agravo Regimental parece estar de acordo com os dispositivos legais citados e com os parâmetros fixados a partir da mencionada Audiência Pública de Saúde, eis que o fornecimento do medicamento é negado ante à inexistência de

registro da ANVISA. Ainda importa mencionar que o fato da decisão falar da necessidade de “mínimo contraditório” para eventual concessão está de acordo com o posicionamento do STF quanto à imprescindível instrução processual com ampla produção de provas para tratar destas questões.

AÇÃO ORDINÁRIA. Obrigação de fazer com pedido liminar de antecipação de tutela – Medicamentos – Portadora de hemoglobinúria paroxística noturna (HPN) – Fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS – Art. 196 da Constituição Federal - Conquanto o direito à vida seja explicitamente protegido pela Carta Magna, certo é que se trata de medicamento sem registro na ANVISA, de sorte que sua utilização, no recesso do laboratório, em fase de pesquisa, implicaria a assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, envolvendo responsabilidade do próprio laboratório fabricante - Sentença reformada – Recurso fazendário provido. (APL 100204220108260344/SP/0010020-42.2010.8.26.0344; Rel.: Luiz Sérgio Fernandes de Souza; Julgamento: 23/05/2011; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Publicação: 30/05/2011).

Esta decisão também baseia o indeferimento liminar do pleito na falta de registro do medicamento junto à ANVISA, o que estaria, em tese, em consonância com as regras e princípios expostos.

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. SAÚDE PÚBLICA. INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO: POSSIBILIDADE. MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO DA ANVISA. PACIENTE PORTADOR DE HEMOBLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA (HPN). PRESCRIÇÃO MÉDICA DE USO DE ECULIZUMABE (SOLIRIS). NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM À SAÚDE, À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICA. 1. Tratando-se de via excepcional de revisão temporária do ato judicial, seu enfoque se restringe ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se "evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016, de 07/08/2009), não cabendo, portanto, em regra, pelo menos de forma exauriente, o exame das questões de mérito envolvidas no processo principal, relativamente ao acerto ou desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve ser tratada nas vias recursais ordinárias. Admite-se apenas, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal. 2. O princípio da separação dos poderes não veda que o Judiciário determine, de forma pontual, a o implemento de medidas urgentes, a fim de efetivar o direito constitucional à saúde, em casos concretos e personalizados, a partir de uma política de saúde já estabelecida pelo Executivo. Decisões judiciais relativas à aplicação do art. 196 da Constituição vêm sendo constantemente submetidas ao Supremo Tribunal Federal, o qual entende que, quando a decisão judicial se pauta em determinações genéricas, em princípio, poderia acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas (SS 4316). 3. No caso específico do medicamento Soliris (Eculizumabe), o STF, na Rcl n. 497-AgR, observou que, de acordo com estudos científicos apresentados, o fármaco "é o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobinúria Paroxística Noturna", tendo a Anvisa informado que o medicamento Soliris "não é comercializado no Brasil e que não há nenhum outro medicamento registrado que contenha em sua formulação a substância eculizumabe"; e que "o alto custo do

medicamento não é, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis". 4. Constatado que existem evidências científicas claras do benefício do uso do medicamento Eculizumabe em pacientes portadores de Hemoglobinúria paroxística noturna, e que o tratamento que vem sendo ministrado ao paciente não está surtindo os efeitos esperados, não cabe ao presidente do tribunal fazer opções de tratamento, mesmo em face da alegada existência de opções terapêuticas distintas para uma mesma doença. Tal atribuição constitui matéria privativa do médico que lhe assiste. 5. Improvimento do agravo regimental.[TRF 1ª Região. Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 0068834-07.2011.4.01.0000/DF. Rel. Des. Olindo Menezes. j. 02.02.12. v.u. Veic. E-DJF1 16.02.12. Publ. 17.02.12]

Esta decisão baseia-se quase que integralmente da decisão monocrática proferida pelo Ministro Cezar Peluzo, datada de 7 de junho de 2011, proferida na Rcl. N. 497-AgR, confirmando decisão proferida anteriormente pelo STJ nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n. 32405-RO. De acordo com a decisão do STF, exarada em juízo monocrático, a falta de registro do *Soliris* junto à ANVISA seria, em tese, impedimento para seu fornecimento, entretanto, dada as circunstâncias do caso, o entendimento deve ser contrário, dado que, a própria ANVISA em resposta ao despacho proferido em 30.11.2010, relativamente ao processo de registro do medicamento em questão, informou que o medicamento pleiteado não é comercializado no Brasil e que não há nenhum outro medicamento que contenha em sua formulação a substância *eculizumabe*.

Além disso, se refere à estudos científicos apresentados, os quais, juntamente com o próprio parecer da ANVISA, importam no reconhecimento de que o *Soliris* é o único medicamento eficaz disponível para o tratamento da já mencionada moléstia.

O que causa alguma estranheza quanto a esta manifestação da ANVISA (ou à interpretação que foi dada à sua manifestação) refere-se ao conteúdo do PARECER Nº 817/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP, exarado pela Advocacia-Geral da União – Consultoria Geral da União – Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, cuja ementa assim assevera:

I. Medicamento SOLIRIS, princípio ativo ECULIZUMABE. Ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Impossibilidade de fornecimento por via judicial. II. Nota Técnica do Departamento de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde – DECIT-MS não recomendando a incorporação do medicamento SOLIRIS, princípio ativo ECULIZUMABE no âmbito do Sistema Único de Saúde, mesma recomendação dos Sistemas de Saúde do Canadá e da Escócia. III. Decisões judiciais que desconsideram a ausência de registro na ANVISA e recomendação de NÃO incorporação do medicamento no âmbito do Sistema Único de Saúde pelo DECIT-MS; IV. Gastos da UNIÃO (Ministério da Saúde) com compras derivadas de decisões judiciais no valor de R\$ 12.418.048,45 (doze milhões, quatrocentos e dezoito mil, quarenta e oito reais e quarenta e cinco

centavos), compreendido o período de 2009 a 2011, atendendo a 14 ações judiciais individuais (14 pacientes). V. Previsão de gasto para a compra do medicamento SOLIRIS, apenas para o ano de 2012, de R\$ 16.686.891,60 (dezesesseis milhões, seiscentos e oitenta e seis mil, oitocentos e noventa e um reais e sessenta centavos) para o atendimento de 19 ações judiciais individuais (19 pacientes). VI. Estimativa de 5.020 pessoas portadoras de HEMOGLOBINÚRIA PROXÍSTICA NOTURNAHPN no BRASIL. Gasto estimado em mais de US\$ 2.055.690.000 (DOIS BILHÕES, cinquenta e cinco MILHÕES, seiscentos e noventa Mil DÓLARES americanos). – destaques no original.

Assevera o parecer que o fornecimento do *Soliris* pelo Judiciário vem gerando grave lesão à saúde pública brasileira, uma vez que os gastos federais estão sendo efetuados (1) sem nenhuma previsão orçamentária; (2) sem nenhum acompanhamento do Poder Público, transformando o sistema público de saúde brasileira em mera farmácia do medicamento mais caro do mundo; (3) sem nenhum critério de saúde pública validado pelo SUS; (4) para a compra de um medicamento que gera grave risco de contrair infecção meningocócica, Meningite Bacteriana, doença infecto contagiosa e de caráter endêmico, que põe em risco a saúde da coletividade pela probabilidade de causar surto, nos termos em que afirma o Ministério da Saúde; (5) para a compra de uma medicação sem registro na ANVISA; (6) para a compra de uma medicação NÃO RECOMENDADA pelo DECIT-MS, nem pelas Agências Canadense e Escocesa de Saúde. (BRASIL, 2012, p. 12 e 13).

O primeiro fator a chamar atenção neste parecer, que é recente e, portanto, posterior à decisão proferida monocrática expedida pelo STF especificamente ao *Soliris*, é o fato da ANVISA não ter informado sobre a Nota Técnica do Ministério da Saúde que é de 2011. Ainda não parecer haver, em nenhuma das demandas aqui investigadas, a informação segundo a qual o SUS disponibiliza tratamento alternativo para a moléstia, como consta especificamente do parecer e um tratamento que é considerado curativo, ao contrário do *SOLIRIS* cuja terapia é enquadrada como paliativa. De todo modo, também há informação, no parecer examinado, de outro tratamento paliativo, alternativo, portanto, ao medicamento pleiteado.

A existência destes tratamentos deveria, em função dos parâmetros fixados pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, fazer referência a esses tratamentos alternativos bem como à eventual comprovação de ineficiência dos mesmos para os requerentes. Não havendo informações, não se pode esperar que o judiciário possa se manifestar a respeito.

Talvez as decisões que concederam o medicamento pudessem ter outra configuração, a exemplo do que aconteceu na revogação da liminar concessiva do medicamento proferida nos autos do processo n. 0023694-17.2010.8.20.0001, proferida pelo juiz Airton Pinheiro, da 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal, Estado do Rio Grande do Norte, em 27 de fevereiro de

2011.

Na revogação da liminar concessiva, feita após audiência de justificação com coleta de provas técnicas, asseverou tratar-se, o *Soliris*, de medicamento em fase de teste clínico (aberto), sem registro na ANVISA e, por óbvio, não constante das listas de medicamentos do SUS. (BRASIL, TJRN, 2011).

Ainda, levou o magistrado em consideração, o alto custo do medicamento, que traria manifesto risco de desequilíbrio financeiro ao orçamento da saúde do Estado, posto que, para um único paciente, consumiria o equivalente a 1/36 (um trinta e seis avos) do repasse anual do SUS para medicamentos e procedimentos de alto custo, entendendo que não havia verossimilhança para entender que a pretensão autoral encontra respaldo no dever de assistência à saúde nos termos previstos no art. 196 da Constituição e, deste modo, a par das informações técnicas apontadas (BRASIL, TJRN, 2011).

A decisão proferida em primeiro grau foi revogada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, havendo determinação para depósito do valor necessário à compra do medicamento diretamente na conta-corrente da requerente. Ainda não há sentença, mas o cumprimento da decisão interlocutória proferida em sede de Agravo de Instrumento está sendo cumprida. (BRASIL, TJRN, 2011).

5 Conclusão

A exigibilidade direta do direito à saúde no Brasil é medida que se impõe, eis que se trata de um direito público subjetivo, fundamental, garantidor de um mínimo existencial e claramente determinável, ensejando, assim, exigibilidade direta quanto ao seu respeito, proteção e satisfação.

Não obstante, com essa pesquisa chegou-se à percepção de que muito embora o acento constitucional para se chegar a proposições jurídicas vinculantes e realizar-se o direito social à saúde, as teorias de padrão positivistas sobre a aplicabilidade direta da constituição e a leitura adequada dos princípios que lá se contém, têm sido insuficientes. Se, por um lado, desde o positivismo de Hart, como constata Dworkin no seu “O Direito com Toga”, uma das sustentações dessa vinculatividade do direito tem sido a “teoria das fontes”, que ora fala da legitimidade do parlamento (da lei e da constituição) e ora fala da legitimidade do precedente judicial como marco divisor. A verdade é que as indefinições continuam. E é nessa perspectiva, como vimos, que autores como Ronald Dworkin investiram e seguem investindo

numa discussão sobre Justiça, com a utilização da metáfora da resposta correta⁶.

E de aí, a importância das distinções propostas por Dworkin, notadamente as relativas à regras e princípios, quando se trata de buscar a resposta certa ao caso concreto levado à análise do judiciário, num sopesamento em princípios em sentido estrito (Direitos Fundamentais) e políticas (num sentido de estratégias de interesse coletivo).

O Judiciário Brasileiro, especialmente por meio do Supremo Tribunal Federal, tenta concretizar e garantir os direitos fundamentais constantes do texto Constitucional e isto é louvável. Mas a disparidade das decisões na área da saúde parece estar a desafiar as urgências brasileiras, demonstrando o quanto é difícil a realização da justiça enquanto resposta correta ao modo proposto por Dworkin.

Acerca dos questionamentos sobre se nos casos envolvendo saúde pública seria possível uma solução correta, ainda que o juiz Hércules, ideal dworkiniano, tenha se esforçado muito para chegar a uma resposta, esta ainda é motivo de controvérsia.

Talvez o reconhecimento da falibilidade judicial seja fato que se impõe e ainda que a técnica de Hércules seja importante para que os juízes emitam seus próprios juízos sobre os direitos institucionais e assim o direito possa ser construído e reconstruído buscando sempre a solução correta dos conflitos colocados à sua disposição, a técnica também pode servir, nos dizeres do próprio Dworkin, “como um poderoso lembrete de que ele (o juiz) pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade” (DWORKIN, 2002, p. 203).

Que a controvérsia envolvendo o uso do *Soliris* encontre logo a solução correta (a resposta certa que convença a todos) e que isto possa servir como eventual parâmetro para outros casos difíceis envolvendo a saúde pública brasileira.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre : Dom Quixote, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. J. em 17.03.2010. Plenário. v.u. DJe n. 76. Divulgação 29.04.2010. Publicação 30.04.2010. Ementário n. 2399-1.p.94

⁶ Sobre o tema veja-se, DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Trad. Maris Vila e Íñigo Gimeno. Barcelona : Marcial Pons, 2007. p. 263-284.

_____. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 29 de julho de 2012.

_____. Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde –SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm Acesso em 29 de julho de 2012.

_____. Decreto 591, de seis de julho de 1992, que, no Brasil, promulga o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Anexo. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em 30.07.2010.

_____. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Consultoria Geral da União. Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde. Parecer nº 817/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP. Disponível em http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/09/Parecer817_SoliriseEculizumabe_SemRegistro.pdf Acesso em 25 de julho de 2012.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE NATAL. Autos n. 0023694-17.2010.8.20.0001. Consulta eletrônica de processos no próprio sítio eletrônico do tribunal: www.tjrn.jus.br Acesso em 30 de julho de 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeria. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

_____. *La justicia con toga*. Trad. Marisa Vila e Íñigo Gimeno. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid : Tecnos, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo : Malheiros, 2009.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In. BRASIL. TRIBUNAL

DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral da Justiça. *Juizado da Infância e Juventude*. Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS. n. 1 – nov. 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. ver. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.