

**A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:
ELEMENTOS DE (NÃO) JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL**

**THE INTERVENTION OF THE JUDICIARY IN THE PUBLIC HEALTH POLICIES:
ELEMENTS OF (NOT) CONSTITUTIONAL JUSTIFICATION**

Alexandre Barbosa da Silva¹

RESUMO: A garantia constitucional de proteção à saúde tem sido objeto de frequentes discussões, tanto na academia quanto no judiciário, com vistas a saber da existência – ou não – de fundamentos de justificação para a intervenção do judiciário nas políticas públicas da área. Os julgados têm ingressado em mérito técnico, determinando como os tratamentos devem ser efetivados e dos quais medicamentos os pacientes necessitam, obrigando o executivo a promover a dispensação. Este trabalho traça paralelos entre as garantias individuais e coletivas na seara da saúde, buscando suscitar reflexões, a partir das teorias de justiça e da Constituição, sobre possíveis caminhos para um mais adequado manuseio dos mecanismos jurídicos das garantias individuais e sociais, sem ferir o princípio da separação dos poderes, autonomia dos entes federativos e confiança nas instituições.

PALAVRAS-CHAVE: Direito a saúde. Constitucionalismo. Dispensação de Medicamentos. Teorias de Justiça. Direitos Fundamentais. Tripartição de Poderes. Ativismo Judicial. Políticas Públicas.

ABSTRACT: The constitutional guarantee of health protection has been the subject of frequent discussions, both in academic and judiciary, in order to know the existence - or not - of grounds of justification for the intervention of the judiciary in the public policy of this area. The judged ones had entered into technical merit, determining how treatments should be effected and which medicines patients need, obliging the executive to promote the dispensation. This essay draws parallels between individual and collective guarantees in the health area, trying to elicit reflections, from the theories of justice and the Constitution on possible paths to a more appropriate handling of legal mechanisms of individual and social guarantees, without harming the principle of the separation of powers, the autonomy of the federal entities and the confidence in the institutions.

KEY-WORDS: Right to health. Constitutionalism. Dispensing of Medicines. Theories of Justice. Fundamental Rights. Tripartition of powers. Judicial Activism. Public Policy.

¹ Doutorando em Direito na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Professor de direito civil na graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduiche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra.

1 ASPECTOS INICIAIS

A Constituição Federal de 1988, marco maior da virada democrática pós-governo militar no Brasil, elencou uma série de direitos e garantias individuais e coletivos que servem de importante referência para fundamentar a proposta de melhoria da qualidade de vida das pessoas. Exemplo disso é o direito à saúde, genericamente trazido no art. 6º e mais especificamente nos arts. 196 a 200, corolários do direito à vida (caput do art. 5º) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Para a sua efetivação, os arts. 197 a 200 dividem a estrutura em pública, através do Sistema Único de Saúde (SUS), e de iniciativa privada, que auxilia na efetivação das políticas públicas através de convênios e parcerias.

O art. 196 determina que sejam criadas políticas públicas para efetivação do direito à saúde, sendo complementado pelo art. 197, no qual se vê a autorização para legislar sobre fiscalização, regulamentação e controle e, por fim, o art. 198, que traça as linhas iniciais das ações e serviços, informando que o sistema deve envolver os três entes federativos, com vistas ao atendimento integral a quem precisar.

Diante desse quadro preliminar, fica fácil observar que a Constituição desejou organizar a atenção à saúde, alcançando da maneira mais completa possível cada espaço territorial e cada pessoa, visto que União, Estados e Municípios devem agir integrados em único sistema.²

Sob essa perspectiva de atendimento integral, está a dispensação de medicamentos à população que – em virtude de condição de hipossuficiência – não tenha acesso a tal necessidade básica.

No contexto de tripartição da obrigação pública descrita, entrou em vigor a Lei Orgânica da Saúde (8.080/90³) que determinou, por imperativo constitucional⁴, a criação das comissões denominadas como bipartite e tripartite que, coordenadas pelo Ministério da Saúde,

² Vide, ainda, por fundamentos, os artigos 24, XII e 30 VII da CF.

³ Com as alterações inseridas pelas leis: 9.836/99, que instituiu o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena; 12.401/11, que dispôs sobre a assistência terapêutica e incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS; 12.466/11, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e, ainda, dispõe sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições.

⁴ A Lei nº 8.080/90 é a lei que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, conforme se observa de seu texto preambular. É a lei que organiza estruturalmente os comandos dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal.

efetivaram uma série de normatizações, distribuindo competências para cada espécie de ação no campo da saúde e dispensação de remédios para as mais diversas patologias.

Aludidas comissões envolvem atitudes da União (Ministério da Saúde), dos Estados e do Distrito Federal (Secretarias de Saúde) e dos Municípios (Secretarias Municipais de Saúde), organizadas a partir de critérios técnicos, sociais, econômicos e operacionais. Em rápidas linhas, a União promove e custeia os tratamentos mais caros e complexos, enquanto que os Estados atuam nos de médio custo e mais acessíveis à população em face da existência das regionais de saúde e, por fim, os Municípios cumprem os programas de saúde básica, com ainda maior proximidade das pessoas.⁵

Como colaboradora nesse processo, auxiliando na organização e fiscalização dessas políticas constitucionais, existe a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que disponibiliza uma Lista de Medicamentos de Referência, além de promover outras ações envolvendo fármacos que devam ser dispensados no país.

O Ministério da Saúde divulga, também, a partir do DAF (Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos), a RENAME⁶ (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), que objetiva apresentar compêndio de remédios e insumos adequados a cada patologia específica, tendo por fundamento pesquisas laboratoriais e a medicina baseada em evidências.

Este é um brevíssimo quadro da formatação das políticas de saúde pública no Brasil. Outras tantas existem – até porque o SUS é um dos sistemas mais completos e complexos do mundo –, mas com intenção mais específica para cada tratamento.

Não obstante a tudo isso, e considerando-se que o âmbito de atenção à saúde é de grande amplitude, os procedimentos efetivados pelos entes estatais, de alguns anos para cá, passaram a ser questionados no que se refere à eficiência, eficácia e qualidade.

⁵ Como exemplos da mencionada distribuição de competências estão: 1) os tratamentos oncológicos, que ficam totalmente aos cuidados e custeio da União por meio dos CACON (Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia) e UNACON (Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia), nos termos das Portarias GM/MS nº 2.439/GM de 08/12/2005 e Portaria SAS/MS nº 741 de 19/12/2005. 2) A Portaria nº 2.981/2009/GM/MS trata do que se denominou como “componente especializado de assistência farmacêutica” que, vindo em substituição ao que se chamava anteriormente de “medicamentos excepcionais”, regulamentou toda a dispensação de medicamentos no Brasil. O oncológicos estão excepcionados deste formato de dispensação, uma vez que existe política própria – antes mencionada – e que é viabilizado através de procedimentos (e não entrega específica de remédios) a cargo dos CACON e UNACON. Na Portaria nº 2.981/2009 existe lista de medicamentos a cargo de entrega – alguns com custeio da União – de União, Estados e Distrito Federal e Municípios.

⁶ Para entender as disposições legais da RENAME, analise o conteúdo da Portaria nº 533/2012/MS, acessível em: portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000

A rápida e frequente alteração dos paradigmas de qualidade médica e de cuidados farmacêuticos fez com que se iniciasse um processo de costumeiro questionamento da atenção pública na dispensação de remédios. Isso propiciou um acúmulo de ações judiciais visando a obrigar os entes públicos a entregar tratamentos específicos, fora das posturas clínicas eleitas pelas comissões bipartite e tripartite, que envolvem, desde químicos a placebos, tratamentos no exterior.

A globalização aparece como fenômeno instigador dessas inovações tecnológicas quase diárias, com o objetivo de alcançar promessas de vida longa e de qualidade a partir de tratamentos, em sua maioria, custosos, demorados e sem comprovação científica de resultados eficazes.

A discussão ora apresentada – e que é a proposta do presente estudo – consiste na tentativa de compreender-se o alcance e dimensão da obrigatoriedade constitucional dos entes públicos, em dispensar medicamentos fora das aludidas políticas públicas, construídas a partir de evidências e resultados cientificamente comprovados.

As premissas epistemológicas contribuem em identificar os fundamentos do tema a partir da localização de critérios que possam levar a uma dogmática constitucional da efetividade, da reflexão acerca de qual modelo de Estado a carta magna pretendeu instituir, bem como se os compromissos constitucionais estão sendo efetivados e, ainda, o questionamento dos fundamentos de legitimação do ativismo judicial na área da saúde. Tudo, norteado pela busca de tentar fixar critérios objetivos (ou ao menos os mais objetivos possíveis) de utilização das diversas teorias da justiça.

Ao cabo do trabalho, será possível identificar algum razoável caminho de sugestão, com vistas a fundamentar a necessidade de dosar-se a intervenção do judiciário nas atribuições constitucionais do legislativo e do executivo, no que se refere à dispensação de medicamentos.

O estado de coisas ora em campo parece reclamar – como de ordinário ocorre em situações da vida em sociedade – coerência da participação do judiciário nessa relevante temática social, entendendo-se o espaço de cada ente público e procurando racionalizar os muitos discursos e saberes.

Torna-se imprescindível, nesse aspecto, livrar-se das prisões ideológicas (que muitas vezes não passam de meros discursos retóricos) aparentemente fundadas na Constituição, mas que, em verdade, apresentam frágeis argumentos gerais, impossíveis de serem convertidos em ações e realidade.

O direito à saúde não deve ser configurado como discurso vago e genérico, propício a fundamentar – pela seriedade de seu conteúdo – qualquer desejo de mercado, uma vez que, sob o manto da proteção de garantias individuais, a *práxis* tem desvelado uma face sombria e perigosa da desautorização das políticas públicas.

Para além de tudo o que se disse até aqui, necessita-se estabelecer canais de discussão e reflexão sobre o assunto, com a finalidade de modificar-se o panorama atual da falta de credibilidade nas instituições públicas, para que seja possível a reconstrução das competências designadas na carta maior, com base na técnica e no princípio da confiança. Considera-se esse o caminho aparentemente mais fácil e possível para a efetivação das garantias constitucionais, com a minimização dos tantos pontos de tensão que hodiernamente habitam o cotidiano.

2 BREVE INFORMAÇÃO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NO BRASIL APÓS 1988

O ano de 1988 jamais será esquecido pelos lidadores do Direito, pois significou o marco de um momento histórico de extrema importância para a estruturação da vida jurídica brasileira e, via de consequência, de fortificação das garantias individuais e sociais.

A população mal percebia o quanto aquele momento se mostrava importante, até porque uma nova lei – apesar de não se tratar de qualquer lei – não altera o cotidiano imediato das pessoas, já que passou quase despercebida pela maioria.

Anteriormente a esse período, sob a égide da Constituição de 1967 – que em verdade foi praticamente substituída em seu sentido pelas Emendas de 1969 –, o conteúdo constitucional refletia a realidade das ruas: a falta de direção e efetividade. Era apenas teórica e extremamente programática, em nada normativa e eficaz.

A nova Constituição reconstruiu o sistema político e jurídico brasileiro, e foi responsável pela transição do paradigma de Estado “liberal” (em que pese o período ditatorial de 1964 a 1982) para o social. No início, enfrentou algum descrédito por parte da doutrina, que temia que os diversos direitos e garantias elencadas fossem tomar o rumo de inefetividade, como na anterior. Enfatiza-se, portanto, um primeiro momento de análise da evolução do pensamento constitucionalista após 1988: o do “ceticismo”.

Foi necessária uma grande atuação conscientizadora de parcela da doutrina, podendo-se mencionar autores como Clèmerson Merlin Clève⁷, Luís Roberto Barroso⁸ e Luiz Edson Fachin⁹, na academia e fora dela, para que se chegasse ao segundo momento que até hoje se vive: o da “constitucionalização dos ramos do Direito”. Esta modificação de paradigma foi de extrema importância para o país, uma vez que, agora, a confiança na concretização das promessas constitucionais é voz corrente. A isso se convencionou tratar por neoconstitucionalismo ou, na preferência do professor Clèmerson Clève, direito constitucional levado a sério.

Os compromissos constitucionais, antes somente escritos, estão a concretizar-se. A ideia de norma programática sofre abissal modificação. É o que Konrad Hesse tratou como força normativa da Constituição.¹⁰

Com o passar do tempo, no entanto, a aludida força normativa da Constituição sofre alguma distorção de interpretação, permitindo que todo e qualquer assunto possa ser justificado e fundamentado, de forma finalizante, no conteúdo constitucional, esquecendo-se das questões pontuais existentes no restante do conjunto normativo brasileiro. Prova disso é o fundamentar de todo e qualquer assunto, simplesmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente de se considerar seu alcance específico e as repercussões do caso concreto.

Essa situação parece natural dos momentos de transição nas sociedades. Em geral, em espaços públicos nos quais haja restrições de direitos ocasionadas por governos autoritários ou ditatoriais, quando ocorre abertura, as liberdades tendem a se tornar extremas.

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: *Uma vida dedicada ao direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-53.

⁸ Analise, também: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

⁹ E, ainda, a obra de FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁰ Veja a síntese de seu pensamento: “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre o ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*). In: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

Como forma de ajuste dessas distorções, sempre interessante a tentativa de localização de um meio do caminho. O razoável “meio termo”.¹¹

A atual e quase absoluta – mas mal – fundamentação de todos os assuntos jurídicos na Constituição, e em seu conteúdo normativo, deve ser repensada, especialmente nos casos relacionados a princípios que se manifestam como cláusulas compromissórias abertas, como a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça. Isso se sucede porque a vagueza e amplitude destes termos fazem com que seja necessária uma profunda justificação do fundamento em relação à situação de fato, o que geralmente não acontece.

Avançou-se em conseguir que se entendesse a importância da utilização dos fundamentos constitucionais, especialmente os princípios. O problema ficou por conta de tornar-se algo excessivo, o que pode possibilitar futilização.

O que se afigura adequado, nesse sentido, é a tomada de consciência de que as normas constitucionais devem ser valorizadas e utilizadas de forma coerente, sempre acompanhada de reflexivo fundamento técnico – inclusive com o complemento de leis e outras formas normativas –, evitando-se a banalização.

Conforme bem evidenciou Daniel Sarmento, em trecho posterior ao colacionado, “o importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção.”¹²

Encontrar a mencionada justa medida, o “meio termo”, é o caminho e o desafio atual. Não parece tão complexo assim, desde que se entenda a necessidade de aprofundamento nas razões teóricas (e porque não afirmar, também práticas) de fundamentação dos princípios utilizados. Quando utilizar um princípio de ordem constitucional, torna-se indispensável o

¹¹ Nesse sentido, considera-se excelente a explicação de Daniel Sarmento: “Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui – só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor de sua pretensão – com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão. Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida para reger a hipótese.” *In*: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 263-264.

¹² Op. cit. p. 265.

aprofundamento, antes, em sua fundamentação histórica e no estado da arte, de forma a bem justificar sua aplicação no caso concreto.

O quadro atual da participação de uma parcela do judiciário, em relação às decisões envolvendo o direito à saúde, tem sido, no mais das vezes, exatamente o de superficialidade na fundamentação e insuficiência na justificação. A mera alegação de que a disposição constitucional determina a assistência pelo ente público configura-se suficiente para a concessão de tutelas – antecipadas ou definitivas – sem que se considerem outros argumentos de índole infraconstitucional que complementam a principiologia da Constituição.

Nesse aspecto, urge-se que tenha por meta uma utilização mais coerente e técnica dos princípios constitucionais, uma vez que quanto mais aberto seu conteúdo, mais forte deve ser o ônus argumentativo para a demonstração de que seu cabimento é adequado ao caso concreto. A atenção hermenêutica manifestada por meio de uma diretriz de interpretação substantiva, aliada a critérios de integração intrassistemáticas e extrassistemáticas, certamente terá o condão de melhorar acentuadamente esse *status quo*.

3 A DIFICULDADE DE FIXAR UMA TEORIA ÚNICA DE FUNDAMENTO DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição brasileira é caracterizada por sua índole social e comunitária, baseada na proposta de proteção a sua população, a partir de princípios fundamentais de solidariedade, igualdade, imparcialidade, entre outros.

Tudo incorre a indício de que a proposta do legislador constituinte foi a de instituir uma teoria constitucional de justiça. Isso se reforça, inclusive, do teor do preâmbulo e das garantias havidas no art. 5º.

Também se observa a escolha pelo modelo republicano, no qual há forte participação do povo nas decisões das esferas de poder, por meio do voto obrigatório e da restrição de algumas liberdades em prol da estruturação do Estado.

Diante dessas duas perspectivas, comunitárias e republicanas, poder-se-ia pensar em aparente conflito ideológico. A primeira, de índole mais protecionista, prestigia a colaboração como contrária ao individualismo, e tem uma visão mais social e coletiva. Seu discurso tem, como exemplo, a defesa ambiental. A republicana, por sua vez, hoje naturalmente com ares mais globais e coletivos, teve em sua trajetória apelo mais individualista, também preocupada

com a coletividade, mas a partir do indivíduo. Prova desse discurso pode ser constatada no voto obrigatório e na tripartição de poderes, a partir de Montesquieu.

Não se olvide da proposta de um estado democrático de direito (art. 1º da CF), que traz à baila os conceitos de constitucionalismo e democracia participativa.

Essas escolhas da Constituição fazem com que se torne relevante entender qual sua efetiva teoria de justificação. Os teóricos constitucionalistas, desde os mais clássicos até os mais contemporâneos, argumentam em sentidos diversos. José Afonso da Silva compreendia que a Constituição deveria se lida a partir do pensamento republicano, pois esta é a opção de forma de governo¹³. Luís Roberto Barroso defende uma dogmática de efetividade da Constituição, a partir de critérios hermenêuticos, o que faz possível operacionalizar o Direito, gerando força emancipatória a seus destinatários¹⁴.

Não há, portanto, uma teoria da Constituição no Brasil que seja objeto de unanimidade na doutrina. Pode-se consolidar, no entanto, duas grandes linhas teóricas importantes: a teoria substancialista e a teoria procedimentalista do direito constitucional.

A primeira defende a efetivação material dos direitos oriundos da carta magna, sem a leitura das normas como programáticas, visando à objetivação das garantias como forma de emancipação social. A segunda trabalha a ideia de que a Constituição é norma geral, de conteúdo orientador, que não tem por função efetivar as condutas diretas nela contidas.

Considera-se entendível, assim, que o constitucionalismo no Brasil padece de uma boa técnica que oriente sua teoria. Possível questionar-se, diante disso, qual das duas teorias se afigura como mais adequada a explicar o fenômeno constitucional. A melhor resposta parece estar em que o direito constitucional de hoje reclama as duas, simultaneamente.¹⁵

A Constituição brasileira tem características muito peculiares, próprias das necessidades brasileiras, em virtude de momentos históricos anteriores à sua existência. Isso faz com que seja ela esteja dotada de elementos que orientam procedimentos, pois pretende

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 91.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1 ed. 4 tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

¹⁵ Neste exato sentido, o pensamento de Ana Paula de Barcelos: “É bem de ver que o conflito substancialismo versus procedimentalismo não opõe realmente duas ideias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania” *In: Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, Revista de Direito Administrativo, 240:83, p. 88.

garantir ao máximo a proteção e manutenção do Estado de Direito. Ao mesmo tempo, determina efetivações, apresentando sua face substantiva.

Por estes motivos, indubitável que a vontade da Constituição é que se rompa com o unitarismo, vertical e aprisionado, pois ela mesma determinou a abertura e dos pensamentos e a concretude nas realizações¹⁶.

As discussões acadêmicas atuais têm conduzido a uma construção teórica possivelmente capaz de explicar algumas das aparentes inconsistências, como a descrita anteriormente entre a ideia republicana e a cooperativista, partindo de critérios políticos, de universalização e de teorias da justiça. Nesse mister, não há como se eximir do critério do justo, que passa pelas dificuldades do conceito de Direito, inclusive em seus aspectos da moral social e da ética.¹⁷

Parece claro, então, que não se tem mais como ver o Direito – e conseqüentemente a Constituição – com as lentes apenas do fato objetivo, frio e sem avaliação ética, é preciso caminhar-se para uma visão mais humanista e subjetiva do contexto jurídico.

Não obstante a todas essas necessidades, mas para objetivar os fundamentos deste escrito, aparenta tranquilo entender que os direitos fundamentais, individuais e sociais, estão no objetivo principal de realizações da teoria constitucional, na medida em que o propósito é o de concretização da ideal de “vida boa” para as pessoas.

¹⁶ O preâmbulo e o título I – Dos Princípios Fundamentais – deixam isso muito claro.

¹⁷ Próximo disso, veja-se o pensamento de Ronald Dworkin: “Se fui bem-sucedido em mostrar o que é o direito, todavia, cada leitor tem uma pergunta distinta. Ele deve perguntar-se até que ponto iria seguir-me nessa linha de argumentação, dadas as várias convicções morais, políticas e interpretativas que pensa ter após a reflexão que tentei provocar. Se ele abandonar meu argumento precocemente, em algum estágio abstrato crucial, então terei, em boa medida, falhado com ele. Caso o abandone mais tarde, num assunto relativamente detalhado, então terei sido bem-sucedido. Terei, contudo, falhado por completo se ele nunca abandonar meu argumento. O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se por para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem de cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavras, sua palavra não será melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.” *In: DWORKIN, Ronald. O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 491-492.

Os direitos sociais e os direitos individuais, em algum momento, passarão por momentos de tensão no que se refere a essa efetivação. O direito à saúde é exemplo disso.

Nesse caso, a participação do judiciário na consideração das políticas públicas será mais coerente e adequado se for fundado na análise da letra da Constituição, em sintonia com os demais elementos normativos, mas sempre atendendo aos postulados oriundos das teorias constitucionais de justiça. Não apenas a letra escrita (e descontextualizada) do texto constitucional. Será crucial a hermenêutica de conteúdo sistemático, envolvendo o texto constitucional e seu dimensionamento – e complementação – com as leis específicas da saúde, assim como seus regulamentos.

Mas somente esse exercício dogmático não é suficiente. Necessária a utilização de elementos que sejam aptos a concretizar o ideal de justiça. Por isso, faz-se necessário (re)analisar algumas das mais importantes reflexões que norteiam as teorias da justiça.

4 ALGUMAS REFERÊNCIAS ACERCA DAS TEORIAS DA JUSTIÇA

O positivismo foi um dos responsáveis por desvincular a ideia de justiça do conceito de Direito, uma vez que o poder do Estado era suficiente para justificar a criação da lei e sua aplicação com conteúdo de sanção, em face de condutas contrárias aos interesses da sociedade.

Como visto, este paradigma – analisado unitariamente – está superado, sendo necessária uma nova olhada em elementos subjetivos de grande relevância.

A partir desse pensamento, importante observar a obra de Carlos Santiago Nino, festejado constitucionalista argentino, que vê o constitucionalismo a partir de parâmetros localizados na política, na história e na sociologia. Para ele, entender a Constituição é ir para além dela, ou seja, encontrar fundamentos na análise do ser enquanto indivíduo e coletividade.

Construindo sua ideia de ética, traça relevante paralelo entre os pensamentos de John Rawls e Habermas, indicando como cada qual vê a construção do conhecimento moral, para justificar seu “construtivismo ético”. Rawls, segundo ele, vê a moral da pessoa a partir do individualismo, em que o ser, sozinho, analisa suas experiências e alcança seu entendimento sobre o que é correto. Habermas, ao contrário, defende que a pessoa constrói o conhecimento

de moralidade a partir do coletivo. É a partir das relações humanas que se conhece o mundo e, com olhar imparcial, se chega ao conceito moral de certo e errado¹⁸.

A perspectiva do autor parece muito bem fundamentada, visto que defende uma união das duas posições doutrinárias sob análise, o que acaba por denominar como “construtivismo epistemológico”, afirmando que a prática intersubjetiva, por meio de critérios metodológicos, faz com que se tenha a possibilidade de comparar as condutas humanas coletivas, para, posteriormente, analisar cada qual individualmente.

Através do construtivismo epistemológico, então, chega-se à teoria do construtivismo ético, ou seja, que o direito constitucional deve ter, por teoria e fundamento, uma construção de ideologias políticas e morais, as quais servirão de base à aplicação do Direito.

Brian Barry, ao comentar acerca da justiça – apenas para pontuar pequena parte de sua extensa obra sobre teorias da justiça –, prefere dividir em duas possibilidades de perspectiva: a) justiça como vantagem mútua; b) justiça como imparcialidade. Como vantagem mútua, pensa no contrato, especificando que deve proporcionar a maior benesse possível para as partes, independentemente de convenções sociais (coletivas) de boa-fé. Como imparcialidade, a base é a moral social, e as partes não devem ter preferências de tratamento para alcançar seus lucros, que serão obrigatoriamente iguais.¹⁹

Para Barry, em síntese, a justiça é vista a partir das instituições, mais do que na análise de resultados pessoais. Por isso, refere-se à justiça social ou justiça distributiva.

Rainer Forst, cuja obra neste assunto tem por intuito apresentar uma ideia de justiça para além do liberalismo e do comunitarismo (que alguns entendem como evolução do liberalismo), diz que não existe uma forma de se falar em um conceito de justiça, mas, sim, em “contextos de justiça”. Para ele, uma sociedade que consiga harmonizar os contextos que envolvam pessoas éticas, pessoas do direito, cidadãos e pessoas naturais, consegue ser uma sociedade justa.²⁰

¹⁸ NINO, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 93-110.

¹⁹ BARRY, Brian. *Teorías de la justicia*. Vol. 1. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001. p. 385-387.

²⁰ Veja, literalmente, a conclusão do autor: “Com isso a controvérsia entre liberalismo e comunitarismo nos ensina que é insuficiente a simples oposição entre o bem e os direitos individuais ou o que é correto moralmente; a comunidade e a justiça; a eticidade e a moralidade; os contextos concretos e a razão abstrata. O esclarecimento aqui sugerido dos conceitos fundamentais mostrou que a pessoa, que está no centro das questões sobre a justiça, não deve ser entendida exclusivamente como pessoa ética, como pessoa do direito, como cidadão ou como pessoa natural, mas como pessoa em todas essas dimensões comunitárias. A tarefa de uma teoria da justiça consiste em definir e reunir adequadamente esses contextos de justiça. Segundo essa teoria, uma sociedade que harmoniza esses contextos pode ser considerada justa.” In: FORST, Rainer. *Contextos de justiça: filosofia*

Afigura-se óbvio, então, que a justiça não se constitui em conceito pronto e acabado. Nem se tem como assim imaginar. Necessária a avaliação de diversas situações na sociedade, que, a partir do comunitarismo ou do liberalismo, ou de outra identidade ideológica, fornecerão alguma referência para entender as condutas como justas, ou não.

Com fundamento nos pensamentos dos autores mencionados – em que pese a brevidade da descrição –, já se tem como pensar em uma ideia de justiça que se aproxime da coerência na fixação de competências para a determinação de posturas na área da proteção à saúde. Isso porque, em todas as lições analisadas, o sentimento coletivo está presente, sem se descuidar do individual, mas com determinante passagem de averiguação dos casos a partir do geral.

5 O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: NECESSÁRIA (RE)ANÁLISE DO ATIVISMO NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

O Estado de Direito é forte na consideração do constitucionalismo e da democracia, como visto.²¹ Mas a democracia não autoriza tudo. É preciso ponderar constitucionalismo e democracia, para chegar-se a uma boa interpretação e aplicação do dispositivo constitucional.

Os três poderes da república, juntos, devem atuar na proteção dos direitos fundamentais. Não cabe apenas ao judiciário zelar pela Constituição, pois frustrará a previsão de que todos têm direitos e que o poder emana do povo (princípio democrático).

Para ser legítima a atuação judicial, deverá atender a essa prévia deliberação majoritária do constituinte, enquanto representação do povo, por meio da escolha democrática.

Indaga-se, a partir disso, se a proteção sempre individual do direito à saúde é da vontade do legislador constitucional. Pode-se questionar, ainda, se isso não está a ferir o sentimento democrático, visto que as escolhas do povo passam pelo coletivo.

política para além de liberalismo e comunitarismo. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010. p. 345.

²¹ E nas palavras de Luís Roberto Barroso: “Constitucionalismo significa em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo de maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de se estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição” *In*: BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* R. Jur. UNIJUS, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.13-38 novembro, 2008. p. 18.

Analise-se o exato conteúdo do art. 196 da Constituição Federal:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Da atenta verificação do texto, apreende-se a prioridade do sentimento coletivo, de proteção geral da sociedade, através de movimentações unidas das instituições públicas. Os três poderes têm de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, alcançando a todos.

Natural que um direito fundamental individual deva ser prestigiado, especialmente quando se tratar de mínimo existencial. Seria muito bom se o poder público tivesse condições de possibilitar o máximo existencial. Mas, em sede de tutela de necessidades sociais, ao menos o mínimo existencial é obrigatório que se garanta.

Caberá ao judiciário garantir os direitos fundamentais, tanto individuais, quanto sociais, em caso de negativa. Mas devem-se ponderar outros direitos igualmente assegurados: os da coletividade.

Quando se elege uma forma de garantia dos direitos coletivos, pretende-se defender os interesses individuais na mesma proporção. Devem eles harmonizar-se em torno do sentido e do contexto da proteção. Da mesma forma, de nada adianta proteger somente de forma genérica esses direitos fundamentais, sob pena de absoluta inefetividade. Esta é a razão das escolhas democráticas, para atender ao máximo de pessoas possível.

Destaquem-se, assim, duas premissas que merecem atenção na compreensão do texto constitucional em questão: a) (direito) *garantido mediante políticas sociais e econômicas*; b) *acesso universal e igualitário*. Essas premissas traçam o limite entre o individual e o coletivo e como se deve proteger o indivíduo, sem descuidar do coletivo. Propiciando-se isso, alcançar-se-á justiça.

5.1 O direito à saúde garantido mediante políticas públicas (sociais e econômicas)

A saúde é direito de todos e deve ser provida pelo Estado. Este é o único fundamento que tem sido adotado, como regra, nas decisões judiciais que determinam ao ente público a dispensação individual de medicamentos ou a adoção de providências no campo da atenção hospitalar.

A problemática surge quando o julgador deixa de atender ao comando completo da norma insculpida no aludido art. 196, ou seja, não faz a análise do caso a partir da integração dos diversos conteúdos jurídicos (e sociais) presentes no texto constitucional.

Não se trata apenas do direito à saúde, mas, também, de sua efetivação a partir de políticas públicas eleitas pelo legislativo e pelo executivo (gestor do sistema de saúde), que consideram relevantes os aspectos sociais e econômicos, visando a promover o acesso universal e igualitário às ações sanitárias.

Analisar o conjunto de situações que estão envolvidas no fundamento constitucional é o grande desafio a que deve determinar-se o juiz.

Na prática, o que se presencia é o crescimento diário das ordens judiciais aos entes gestores do SUS, que desatendem à universalidade e aos diversos critérios técnicos que orientam as políticas de saúde pública.

Trata-se de ignorar as duas premissas mencionadas (políticas sociais e econômicas; acesso universal e igualitário) que tem por função complementar o entendimento sobre o direito à saúde e a obrigação do Estado. Nesse aspecto, ocorre a falta de compromisso com o rigor teórico e prático que envolve os assuntos tratados nos capítulos anteriores: a coerência na interpretação das normas principiológicas da Constituição (e seu conteúdo de compromisso ético) e sua adequação aos contextos de justiça.

O que prepondera, na verdade, é a determinação judicial para que o Estado atue, desembolsando valores e força, para dar subsídio a tentativa de proteção médica à saúde e à vida individual. Proteção esta, no mais das vezes, meramente potencial, na medida em que os procedimentos determinados não se encontram aprovados por técnicas eleitas, depois de testadas e comprovadas como eficazes pelas autoridades de saúde e, portanto, que não representam garantias absolutas de proteção da vida.

Parece que melhor seria se houvesse, nas decisões judiciais, o conteúdo de ponderação da política pública eleita, para que seja possível ao ente público demonstrar a correção das escolhas na área da saúde. Ocorrem, ao contrário, determinações pontuais para ações específicas, que não tem o condão de solucionar eventuais problemas de sistema.

Essas ações acabam por servir de base ao desequilíbrio federativo. Os contextos das políticas públicas e da universalidade restam em plano secundário, não havendo proposições de melhorias às atitudes do executivo e do legislativo.

Tudo isso acontece em detrimento da vontade constitucional, pois, a par do direito de todos à saúde, existe também a determinação de que seja viabilizada através de políticas

sociais e econômicas, eleitas por corpo técnico que oriente as ações dos poderes legislativo e executivo, com discussão na sociedade. E mais, o acesso deve ser universal e não prevalentemente individual, como tem sido por meio de cada ação ajuizada.

O atual constitucionalismo brasileiro guarda seus fundamentos em algumas teorias ainda não completamente delineadas, até mesmo pelo momento histórico de transição de Estado social para Estado constitucional. Indiscutível, não obstante, que o Brasil é uma república federativa constituída em um Estado democrático de direito, oriundo de carta democrática (participação popular) e comunitária, já que externa garantias *sociais*.

Essas afirmações fazem com que se tenha, na ideia constitucional, a proteção individual, logicamente; no entanto, parece de primordial relevância eleger o conjunto de pessoas, o grupo social, para ser preferencialmente beneficiado. Alude-se, então, aos pensamentos de justiça a partir de Brian Barry e Carlos Santiago Nino.

A democracia deliberativa, importante sistema que autoriza o povo a escolher seus representantes e se proteger do Estado, não permite tudo. A visão deste elemento está distorcida. Como existem limites ao poder popular, cabe ao judiciário ser capaz de encontrá-los. No caso presente, os limites estão na própria interpretação do art. 196, ou seja, todos (e não apenas alguns) têm direito à saúde, mas garantido este direito mediante políticas públicas. Em outras palavras, o direito à saúde deve respeitar as escolhas feitas em âmbito técnico pelas instituições eleitas para tanto (ANVISA, Comissões bipartite e tripartite, entre outras).

Não se deseja, com isso, sugerir o cerceamento da discussão judicial sobre medicamentos, passando-se a aceitar passivamente como perfeitos os tratamentos escolhidos pelo Estado (considerado na acepção mais ampla).

O que se pretende, de fato, é que esses aspectos sejam discutidos nas ações judiciais, logrando-se fundamentar, a partir de critérios de justificação constitucional, os motivos da frustração do atendimento das políticas públicas nos mandamentos jurídicos de dispensação de medicamentos. Não basta o fundamento genérico do direito à saúde. Outros elementos devem ser considerados.

Há que se ter cuidado com os discursos oriundos das novidades do mercado na área de medicamentos. As promessas de cura a todo custo aparecem todos os dias, causando expectativas quase sempre frustrantes para as famílias dos pacientes. Desintegram o sistema, pois fazem com que se desacredite nas técnicas testadas e comprovadas de qualidade, a partir da medicina baseada em evidências, escolhidas pelo gestor público.

Esses argumentos de autoridade, aliados à comoção naturalmente causada pela dor (física e íntima) das patologias, fazem com que se proceda a qualquer exagero para tentar-se alternativas de cura. Ai entra o ente público, que se vê obrigado a tais exageros na medida em que as “alternativas de cura” são espetacularmente onerosas.

Não é possível que o judiciário seja elo entre o interesse do mercado, a expectativa frustrada dos pacientes e o descrédito das políticas de saúde. Atender-se à técnica constitucional é permitir o equacionamento de todos os interesses em jogo, não descuidando do indivíduo, mas protegendo o coletivo.

Fácil ver, então, que os discursos principiológicos fáceis e genéricos, quando envolvem a fragilidade dos sentimentos das pessoas, tornam-se aparentemente fortes. Importante exemplo pode ser visto nas patologias oncológicas (sensíveis a qualquer pessoa), onde se tem determinado ao ente público a disponibilização de tratamentos de altíssimo custo, enquanto que, a partir das políticas públicas, quem deve promover ao integral tratamento, são os CACON e UNACON (Centros de Alta Complexidade em Oncologia e Unidades de Alta Complexidade em Oncologia). Esses centros são entes privados ou filantrópicos que são credenciados pelo Ministério da Saúde e recebem verba federal para realizar a integralidade dos tratamentos na área oncológica. Alguns não o fazem, restando ao Estado (lato sensu) a entrega de medicamentos por determinação judicial.

Os julgados neste sentido ignoram a competência desses entes para atender à patologia, de forma integral, descumprindo o conteúdo do artigo 196 da Constituição, na parte que trata do respeito às políticas públicas na área da saúde.²²

Verifica-se, nestas hipóteses, situação já inicialmente demonstrada a partir de lição de Daniel Sarmiento, ao tratar da necessidade de justificação na utilização dos princípios ou regras constitucionais, para que sua utilização não reste vaga, sem sentido ou absolutamente aberta, sem fundamentação coerente.

Extrai-se, das considerações até então abordadas, que o constitucionalismo garante os direitos fundamentais e que a democracia deliberativa permite a escolha, pela decisão da maioria, de como efetivá-los, por meio da letra constitucional. O dispositivo do art. 196 da Constituição escolheu o formato de políticas que tenham base em dados públicos, técnicos e econômicos, inicialmente.

²² Deixa-se de citar julgados em face do sigilo que se possa entender existir nos processos, diante da condição de patologia individual. Não obstante, em simples busca de jurisprudência no site www.trf4.jus.br, mencionando-se unicamente a palavra “CACON”, muitos resultados serão obtidos que ratificam a informação.

Parece não ser adequado que o judiciário, em detrimento dessas escolhas públicas, defina a forma individual de promover a saúde, determinando o fornecimento de medicamentos fora das eleições dos entes escolhidos para tal: o legislativo e o executivo.

Deve, sim, em caso de violação do direito individual de participar das políticas eleitas (exemplo: o poder público negar medicamento que esteja na Relação Nacional de Medicamentos – RENAME e nos protocolos clínicos) determinar que o ente gestor inclua o particular no atendimento. Deve, ainda, em caso de absoluta necessidade de cada pessoa, a partir de parâmetros prévios e eleitos democraticamente, promover a discussão sobre alguma política eleita, mas com fundamento técnico adequado.

A audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, a partir de Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Antecipação de Tutela²³, foi exemplo de discussão democrática na esfera dos medicamentos. Outro exemplo é o Comitê de Saúde do Estado do Paraná, criado a partir do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, que discute algumas premissas a que os julgadores devem atender nas decisões envolvendo medicamentos. Sobre isso se tratará adiante.

A prática cotidiana, no entanto, tem sido de o judiciário determinar que o Estado (os entes federativos em solidariedade) entregue medicamento experimental, de altíssimo custo, à revelia de todos os estudos acerca de sua efetividade farmacológica, apenas sob o argumento de que podem servir à saúde do paciente. Os custos disso (econômicos e sociais) ferem a disposição constitucional insculpida no art. 196.

Os discursos meramente consequencialistas – perda da vida por não dar um medicamento específico – não tem o condão de justificar a quebra, pelo judiciário, de determinação constitucional, devendo o elemento hermenêutico ser mais forte no sentido de propiciar a adequada ponderação dos interesses e escolhas em jogo.

5.2 O acesso universal e igualitário

Os aspectos sociais e econômicos das políticas públicas representam apenas o primeiro dos elementos constantes do conteúdo determinativo do art. 196 da Constituição, ora

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Ceará. Agravante: União Federal. Agravados: Ministério Público Federal e outros. J. em 17/03/2010. Plenário. v.u. DJe nº 76. Divulgação 29.04.2010. Publicação 30.04.2010. Ementário nº 2399-1. p. 94.

em debate. Além dele, o dispositivo constitucional faz constar como relevante o acesso universal e igualitário à saúde pública.

Esse tema igualmente vem sendo desconsiderando nas discussões judiciais, uma vez que alguns julgados informam como menos importante a preocupação com o coletivo, preferindo-se o individual, em casos de medicamentos importados com custos aproximados de US\$ 300.000,00 por mês, sem qualquer comprovação de eficácia científica.

Quando se comenta em acesso universal e igualitário, dirige-se ao conteúdo do princípio da igualdade, um dos componentes fundamentais encontrados nas teorias da justiça, como visto nas lições de Brian Barry e Carlos Santiago Nino.

Sem dúvida alguma, fazer menção ao conteúdo de igualdade não é tema simples. Existem diversas justificativas a favor e contra a judicialização dos direitos sociais, mas parece importante lembrar-se do respeito à participação popular inculpada nas escolhas do legislativo e do executivo, por meio das políticas públicas sobre direitos sociais garantidos na Constituição.

Roberto Gargarella, em texto rico de exemplos que envolvem a negativa de direitos sociais, como na África do Sul, Índia e Colômbia, coloca que há duas possibilidades de atitudes judiciais em relação à igualdade: a de o juiz se negar a efetivar a constituição e a do julgador que, ausentes elementos específicos na carta magna, promove a efetivação dos direitos sociais genericamente. Não se olvide, no entanto, que as lentes do autor se debruçam sobre países com diversa realidade democrática e participativa.²⁴

Já se disse aqui da importância que o judiciário tem na efetivação do conteúdo constitucional. Em momento algum se pretende contradizer. Diante dessa afirmação, Gargarella defende que “é relevante reconhecer esta distinção, ao menos, para deixar para trás um dogmatismo que, às vezes, parece afetar a nossa comunidade jurídica: o que sustenta que a “Democracia”, com maiúscula, exige sistematicamente aos juízes não colocar em prática os direitos sociais e econômicos.”²⁵ Não é esse o intuito da igualdade.

Igualdade está em possibilitar o mesmo acesso aos bens e serviços públicos a todos.

Mas quando se lembra de que os direitos fundamentais são individuais e sociais (aqui falando dos coletivos) aparenta surgir uma tensão. O individual parece prejudicar o coletivo e vice versa, na medida em que se quer preferir a um em detrimento do outro.

²⁴ GARGARELA, Roberto. *A democracia deliberativa e a judicialização dos direitos sociais?* In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELA, Roberto. [coords.] *El derecho a La igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 122-144. (p. 142).

²⁵ Op. Cit. p. 143.

Analise-se, neste particular, o tema da colisão intraprincípios, que acontece quando um mesmo princípio pode gerar alcances e interpretações diversos. O direito a medicamentos que não constem das políticas públicas, na perspectiva individual, prejudica a universalidade e a igualdade, visto que somente uma pessoa terá acesso ao tratamento de custo elevado, enquanto outras que igualmente necessitem, ficam sem cobertura.

Existe uma colisão entre as interpretações e o alcance do mesmo princípio constitucional. Analise-se o pensamento de Marcelo Neves:

A questão da colisão intraprincípios tratada em termos de alteridade básica do social exige cuidado e prudência ao se afirmar o caráter ilimitado *prima facie* da hipótese normativa (“suporte fático abstrato”) de direitos fundamentais ancorados em princípio, em particular do direito geral de liberdade. Em outras palavras, isso significa que especialmente esse direito só seria limitado após a ponderação com princípios colidentes. Embora Alexy tenha feito esclarecimento sobre essa formulação e, de certa maneira, uma ressalva a ela, cabe insistir que também o direito geral de liberdade implica uma limitação decorrente do direito geral de liberdade do outro. Não me parece adequado afirmar que haja direito ilimitado *prima facie*, mas sim critérios ou programas jurídicos que dependem de operacionalização mediante papéis e pessoas: princípios são critérios jurídicos reflexivos. Não há direito (fundado em um princípio) de *alter* e vice-versa. Alteridade básica do direito impede a idéia de direito ilimitado *prima facie* com base em princípio, a ser limitado mediante a ponderação com outros princípios. Também pode haver colisão intraprincípios decorrentes da invocação do mesmo princípio com fundamento simultâneo das partes em conflito no processo de concretização constitucional. Neste sentido, poder-se-ia falar em ponderação intraprincípios, tendo em vista as perspectivas diversas do mesmo princípio pelos envolvidos na contenda constitucional. A rigor, porém, o fundamental é que, *prima facie* (ou seja, antes de qualquer ponderação com princípios colidentes), todo direito fundado em um princípio, quando afirmado por uma das partes sempre será intrinsecamente limitado pelo mesmo direito afirmado por outra, sendo irrelevante tratar-se ou não de direito “negativo”: o direito geral de liberdade de um em relação ao outro; a dignidade humana de um em relação ao outro; o direito geral à igualdade de um em relação do outro. Essas observações são, de certa maneira, triviais, mas procuram servir para que se evitem equívocos no tratamento desse tema.²⁶

A reflexão do autor conclui e fundamenta o pensamento já exposto, no sentido de que não existe princípio ou garantia ilimitada *prima facie*, constituindo-se necessária a missão do intérprete em promover a análise de compatibilidade deste com outros princípios, da mesma forma que deve – no interior do próprio princípio – resolver suas possibilidades de conflitos, através do mecanismo da ponderação.

Para esta ponderação, torna-se relevante perceber que a liberdade de um esbarra na de outro participante das relações de Direito, ainda que potenciais. Não é faticamente possível

²⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: Editora UnB, 2010. p. 163-164.

comentar em universalidade na atenção à saúde a partir da consideração do máximo existencial. Almejar o máximo existencial, diante de uma realidade social como a do Brasil, de dimensões continentais, seria inviabilizar economicamente a atenção aos demais, ferindo a igualdade.

Nesse sentido, o pensamento de Lucas Grosman sobre a escassez, não na perspectiva de que o poder público não tenha recursos, mas que estes são findáveis e limitados, diante de tantas necessidades de intervenção pública na sociedade:

Porém, o possível pode ser definido de uma forma mais ou menos ambiciosa. Muitas vezes os defensores do direito a saúde tem em mente a interpretação mais ambiciosa: dado o valor intrínseco da vida, o Estado deve fazer todo o possível para proteger a saúde, sem importar com as consequências. Para essa visão, se alguém morre porque nossa sociedade não está disposta a gastar o dinheiro necessário para salvá-la, isso quer dizer que algo de grave está acontecendo na sociedade. O problema desta visão tão ambiciosa é que não tolera teto algum para definir o dever estatal de proteger a saúde. Se se tomar essa aspiração de forma literal, o Estado deveria garantir a todos seus cidadãos (ou residentes?) o melhor serviço de saúde *do mundo*. Isso seria absurdo. A escassez de recursos determina que toda sociedade deve aceitar que ao menos alguns tratamentos não poderão ser financiados com fundos públicos, pois do contrário não haverá fundos públicos para nada mais.²⁷

Ao fazer-se menção à escassez de recursos públicos, poder-se-ia propiciar certa indignação, diante da elevada carga tributária no Brasil, dos desvios de recursos públicos, entre outros problemas sociais de grande importância. Este, porém, é argumento fraco na seara do estudo aqui desenvolvido, posto que aconteçam – ou não – atos de desvario do gestor público, ele um dia deixará o poder e o Estado (poder público) continuará sendo obrigado a promover investimentos e cuidar da sociedade. A questão, nesse aspecto, é outra, já que reside em valer-se dos mecanismos igualmente constitucionais para afastamento e punição do gestor corrupto, com reintegração aos cofres públicos de valores desviados.

Para que seja possível argumentar-se a preferência do direito individual a medicamento ou tratamento, em prejuízo das políticas públicas gerais que protegem os direitos sociais, necessária a exata e específica demonstração de que o ente público deva excepcionar o geral, a partir de outras tantas garantias localizáveis nos direitos fundamentais.

Não basta a mera e superficial fundamentação do direito de todos à saúde, assim como da competência solidária entre os entes públicos. É necessária a demonstração de que o

²⁷ GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: os direitos sociais na constituição*. Buenos Aires: Libreria, 2008. p. 104-105.

acesso à determinada forma de tratamento é indispensável, bem como que o ente público não criou qualquer forma de inclusão da pessoa com necessidade.

Somente assim será possível, após exauriente demonstração judicial, com prova pública e completa, excepcionar-se o formato geral de gestão pública da saúde que garante o cumprimento da universalidade e igualdade de acesso.

6 A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DE COERÊNCIA PRINCIPOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO E DO RESPEITO ÀS INSTITUIÇÕES

A Constituição de 1988 escolheu o formato republicano de governo e fixou a tripartição de poderes como base de segurança social e jurídica para o país. Há que se ter em mente que os princípios constitucionais devam ser aplicados em sintonia e coerência com estes postulados e a partir das ideias anteriormente expostas.

Necessário, a partir desse contexto, fomentar-se discussão que conduza a uma mais coerente consideração hermenêutica dos princípios constitucionais, que seja diversa da banalização e da carnavalização do Direito.

Fundamental que se prestigie o rigor jurídico e social na análise principiológica, a partir da verificação dos contextos de justiça. Neste sentido, faz-se imprescindível encontrar pressupostos objetivos que fundamentem eventuais decisões jurídicas (para além das judiciais) que pretendam questionar possível desatenção do poder público no cumprimento das políticas de saúde.

Interessantes têm sido as discussões havidas no seio do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, especialmente no Comitê Executivo do Paraná, que conduziram a boas propostas no sentido da análise, pelo judiciário federal e estadual do sul do país, de condicionantes objetivas para avaliar se particulares fazem jus à dispensação de medicamentos específicos.

Veja-se, por exemplo, os Enunciados daquele Comitê Executivo²⁸, que sugerem aos julgadores: a) que a prescrição dos medicamentos devem se dar por médico do SUS (Enunciado nº 1); b) que da ação deva constar a negativa oficial do ente público e sua oitiva prévia em juízo (Enunciado nº 2); c) que os medicamentos devam estar registrados na

²⁸ Para conhecer os trabalhos do Comitê Executivo do Paraná, acesse: www.jfpr.jus.br/conteudos/comite-executivo-enunciados-e-recomendacoes/523.

ANVISA (Enunciado nº 3); c) que o julgador deve levar em conta as competências das instâncias do SUS para o fornecimento dos fármacos (Enunciado nº 4).

Estas se verificam como boas práticas para efetivação dos conteúdos de exceção à política geral de dispensação de medicamentos, quando, e somente quando, absolutamente necessário. Em realidade, no entanto, não é pacífica a utilização desses Enunciados.

Existe, ainda, do mesmo Comitê, a Recomendação nº 1, a qual sugere a todos os que atuam “nas tutelas inerentes ao Direito de Saúde” que solicitem aos médicos vinculados ao SUS providência de especificação dos motivos pelos quais se devam excepcionar os tratamentos disponibilizados no sistema único.²⁹ No campo prático, da mesma forma, não se tem assistido a praxe de tais providências.

De tudo o que se tratou até este momento, parece perfeitamente viável a fixação de alguns parâmetros objetivos para tornar mais democrática a dispensação de tratamentos de saúde com verba pública, sem deixar de se atender aos conteúdos que norteiam o pensamento constitucional pós 1988, assim como a ideia de justiça, e a mais coerente interpretação do art. 196 da carta maior.

6.1 Elementos Objetivos para se Excepcionar Política Pública na Área de Dispensação de Medicamentos e Outros Tratamentos pelo SUS

Os casos que envolvem as ações de medicamentos têm sido tratados pela doutrina brasileira, na linha da lição Dworkiana, como casos difíceis. Para a solução desses casos, faz-se necessária a busca da verdade fora do conjunto de fatos evidentes que informam a hipótese. Na decisão dos “hard cases” é necessário que o juiz não invente direitos retroativamente, devendo descobrir os direitos das partes ainda que não exista regra que regule o caso³⁰. A situação dos casos difíceis é importante, mas não será aqui motivo de maior ilação, até porque, a pretensão deste escrito é mostrar que, no mais das vezes, os casos envolvendo ações de medicamentos são “fáceis”, se tratados a partir dos elementos objetivos adiante.

A melhor forma de tratar aludidos casos é realizando esforço hermenêutico de integração da principiologia constitucional com o conjunto de regras que norteiam a matéria. Como já visto no início deste trabalho, existem leis, regulamentos e demais elementos

²⁹ Para saber, acesse: www.jfpr.jus.br/conteudo/comite-executivo-recomendação-01/507.

³⁰ Para uma mais profunda análise, vide: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

normativos (portarias e resoluções) que servem de base à organização do sistema de saúde pública no Brasil. Este conjunto normativo deve ser conhecido e utilizado pelo julgador.

Não basta, repita-se, mera fundamentação genérica no direito à saúde para se olvidar o respeito às políticas públicas. Deve o intérprete, para não frustrar os objetivos da república e da democracia, assim como à universalidade e igualdade, princípios e regras maiores da Constituição, promover a exaustiva fundamentação das decisões que questionem as políticas democraticamente eleitas pelo ente público.

Alguns dados objetivos podem facilitar a tomada de decisão, propiciando melhor fundamentação e justificação.

6.1.1 A totalidade do conjunto normativo e as regras sobre cada medicamento, grupo de medicamentos ou tratamento

O fundamento constitucional é o mais forte e, em homenagem à força normativa da Constituição, deve prevalecer. Não obstante, existem outros elementos normativos que devem merecer atenção na justificação e adequada fundamentação da intervenção do judiciário nas políticas de saúde pública.

Mister que se valha dos conhecimentos de hermenêutica, ligados à integração intrassistemática, promovendo-se a interpretação e aplicação da norma constitucional, aliada ao texto da lei ou do regulamento que seja específico ao caso concreto.

Bom exemplo a ser utilizado é, novamente, o do tratamento de alta complexidade em oncologia. A Constituição garante a saúde a partir de políticas públicas. E no que consistem essas políticas na área oncológica? Em que a União credencia os CACON e UNACON, que devem dar atendimento integral ao paciente. Repita-se: integral.

Diante disso, deve a decisão ser no sentido de aderir à fundamentação do art. 196, os dispositivos da Lei nº 8.080/90 e de seus regulamentos, que estão fixados em Portarias do Ministério da Saúde, ou seja, a Portaria nº 2.439/GM de 8 de dezembro de 2008 e na Portaria SAS nº 741, de 19 de dezembro de 2005³¹.

Esse conjunto de normas – apesar de não serem leis em sentido estrito – são regras que compõe a organização do custodiamento da saúde na específica situação oncológica.

³¹ Estas são as normativas de atenção à oncologia.

A partir da situação mencionada, torna-se mais fácil a compreensão acerca da absoluta necessidade de que o fundamento jurídico parta da disposição constitucional (direito a saúde), transitando pela disposição legal (especificidades do tratamento de cada patologia) e chegando à solução do caso.

É sobremaneira importante o despertar para essa necessidade, pois a *praxis* tem revelado descuido do judiciário em atender às competências específicas dos entes públicos, desconsiderando as políticas de saúde. Isso gera prejuízo à organização da gestão sanitária, na medida em que surgem gastos fora da disposição orçamentária de um ente público, que se vê obrigado a entregar remédio ou tratamento que não é de sua competência fixada a partir da disposição criada pelas comissões bipartite e tripartite, em obediência ao texto constitucional.

Fixe-se como proposta, então, o exercício fundamentador completo por parte do intérprete, ao decidir sobre a responsabilidade de um ou outro ente público, na obrigação de efetivar a garantia disposta no art. 196 da Constituição Federal.

6.1.2 Esgotamento absoluto dos tratamentos fornecidos pelo SUS

O SUS apresenta o rol de medicamentos a serem entregues para a população, assim como tem, em suas diversas Portarias, que existem em virtude das Leis da saúde, tratamentos específicos para as mais diversas doenças.

Em algumas situações, médicos particulares indicam tratamentos que destoam do quanto estipulado na regra do sistema. Isso não deve acontecer, pois, como exaustivamente visto, existem os protocolos médicos e de referência que norteiam as providências a serem adotadas. Devem-se esgotar todas as possibilidades que estão disponíveis no SUS, para então pensar-se em outras formas que possam ser relevantes para disponibilização ao paciente. Agir assim representa garantir a credibilidade do sistema e o respeito à escolha democrática.

Isso já consta da Recomendação nº 1 do Comitê Executivo de Saúde do Paraná, mas é preciso que se aplique de forma exauriente. São muitos os casos em que se apresenta, por médico particular, uma “alternativa” de tratamento, o que faz com que a decisão não considere o esgotamento das possibilidades havidas no SUS.

6.1.3 Medicamento ou tratamento previsto como adequado pela ANVISA

Considerando-se que a ANVISA regula os medicamentos que possam ser comercializados no Brasil, este requisito é adequado e tem sido atendido, como regra, nas decisões judiciais.

6.1.4 Obediência às instâncias gestoras do SUS

Como visto, o SUS tem, em suas normativas, a exata distribuição de competências para a dispensação de medicamentos. A União tem sua esfera de custeio e prestação de atendimentos, ou delegação a terceiros; o Estado deve entregar alguns outros medicamentos constantes das normativas descritas; e o Município, da mesma forma, tem sua órbita de competência no fornecimento de alguns fármacos.

Aqui sim é importante que se reveja o costume de interpretações nos casos concretos. O que se tem verificado nessas hipóteses, são decisões simplesmente determinando o fornecimento dos medicamentos, enquanto custeio, para os três entes, descrevendo a entrega por um deles. Depois deverá haver o reembolso administrativo.

Essa responsabilização genérica tem causado grande transtorno prático, visto que cada qual tem sua esfera exata de competência descrita na legislação. Depois, uma vez encerrado o procedimento, não acontece a adequada prestação de contas entre entes.

Considerando-se que o SUS tem a esfera de competência de cada um dos responsáveis pela dispensação dos tratamentos, deve a decisão fixa corretamente o sujeito passivo. Para isso, basta o julgador responsabilizar o exato sujeito passivo dentre os gestores do sistema.

Este aspecto também está descrito no Enunciado do Comitê de Saúde do Paraná – que existe, repita-se, como parte do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde – mas não tem sido adequadamente interpretado. O que se tem visto é genérica fundamentação do direito geral à saúde, sem entrar-se na competência de cada gestor.

6.1.5 Observância do prestador do serviço específico delegado pelo Estado

Quando o serviço de saúde é delegado pelo poder público, como no exemplo CACON, importante que o julgador atente para a situação e acate o chamamento ao processo, que o custo do tratamento seja desembolsado pelo correto devedor.

Na medida em que há o credenciamento do prestador do serviço, a responsabilidade do ente público passa a ser subsidiária.

A desconsideração desse aspecto faz com que se crie descrédito nas contratações administrativas, abrindo espaços para o enfraquecimento das instituições.

6.1.6 Médico prescritor e peritos públicos

Considerando-se que os valores são disponibilizados pelo SUS, nada mais justo e coerente do que a indicação das exceções aos tratamentos regulados pelo sistema seja procedida por médicos que componham o próprio sistema.

É fácil ao médico particular indicar formas alternativas de tratamento, diante da diversidade de possibilidades na área da saúde. O problema é a quebra da regularidade e confiabilidade das pessoas nos programas e políticas eleitas.

As ações relacionadas a esta situação devem ter perícia médica para atestar a indicação e eficácia dos tratamentos sugeridos nas pretensões judiciais. No mais das vezes, os peritos são, da mesma forma, médicos particulares, o que faz tornar parciais suas conclusões, em virtude dos próprios interesses de mercado.

Se o SUS tem seus procedimentos criados a partir das escolhas públicas fundadas nas políticas já mencionadas, não há coerência em que se aceite o questionar privado, individual de um perito particular, médico que tem suas preferências de mercado, a desacreditar o sistema público que tem presunção de legitimidade.

Por isso, se houver alguma exceção aos tratamentos descritos nas políticas públicas de saúde, que seja objeto de orientação por médico e/ou peritos públicos, ou que prestem serviços aos hospitais e demais estruturas do sistema de saúde. Na ausência de peritos públicos na comarca, que seja profissional do SUS. Os particulares não tem contato com a realidade pública e prescrevem medicamentos de altíssimo custo e sem comprovação científica, a partir de suas teorias pessoais e interesse econômico.

6.1.7 Análise da condição econômica do paciente

Outro dado objetivo que aparenta ser importante na análise de casos concretos envolvendo a forma dos tratamentos disponibilizados pelo SUS, é a condição econômica da pessoa que deseja a excepcionalidade.

Na medida em que o sistema é uma forma de garantia social, de disponibilização do mínimo existencial e, ainda, que retrata formatos de opções de saúde que estejam aliados a políticas sociais, se alguém desejar algo a mais, e tiver condições de arcar com seus custos, deverá fazê-lo.

Isso, com base nos já mencionados elementos que envolvem a igualdade, a escassez de recursos e, ainda, a opção de buscar fora do sistema algum tratamento experimental. Mas neste último caso, não pode ser toda a comunidade obrigada a custear tratamento fora dos padrões da medicina baseada em evidências e, muitas vezes, ineficaz.

O particular deve ter atendida sua necessidade específica, repita-se, quando não houver prejuízo do coletivo e, também, quando a excepcionalidade for absolutamente necessária para a manutenção da vida.

6.2 Importância da Confiança nas Instituições como forma de Fortalecimento do Estado Democrático

O desacreditar nas instituições tem causado abalo sensível nas relações sociais e no equilíbrio federativo. As decisões judiciais que determinam a dispensação de medicamentos fora dos protocolos clínicos, e das listas nacionais de medicamentos, desautorizam o poder executivo em sua gestão constitucional, tornando a população descrente da seriedade do sistema público de saúde e, por consequência, inchando o próprio judiciário com pedidos muitas vezes descabidos e que interessam unicamente às grandes movimentações financeiras das empresas de medicamentos.

É imperioso que se renove a confiança nas instituições públicas, criadas pela própria vontade do povo, a partir do modelo democrático.

A escassez dos recursos públicos deve ser objeto de reflexão, pois, da forma com a judicialização tem interferido na gestão dos orçamentos públicos, provavelmente muito em breve será necessário repensar a organização do binômio “receita *versus* despesa” que orienta os gestores públicos e a economia estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os assuntos tratados neste estudo envolvem questões de profunda análise jurídica e técnica, assim como de delicados sentimentos e interesses. O que se pretende é que fique a

proposta de reflexão acerca da efetividade do conteúdo constitucional, não apenas a partir da intervenção do judiciário, mas, também, da credibilidade nas instituições públicas, criadas a partir da vontade popular demonstrada na Constituição.

Além disso, torna-se importante que exista coerência teórica na aplicação dos conteúdos jurídicos, não bastando a força da argumentação de autoridade para justificar a utilização de princípios constitucionais.

Devem, de fato, prevalecer os juízos de ponderação, mas não apenas superficialmente, de maneira vaga, e sim com fundamentos nas teorias da Constituição e nas ideias de justiça. A objetividade do positivismo está em discussão, fazendo-se necessária uma nova visão do jurídico e do social, com resgate da análise moral e ética de seus fundamentos.

Os pensamentos acerca das garantias ligadas aos direitos de proteção à vida e à saúde, exatamente por envolverem máximos interesses sociais, devem ser pautados pela igualdade e universalidade, sob pena de desequilíbrio social e econômico.

Outro aspecto a considerar são as necessidades individuais, que devem ser atendidas, exatamente pelo fato de que Direito tem que estar a serviço da vida³². Mas sua apreciação exige lentes coerentemente instaladas, em sintonia com todos os princípios e regras, constitucionais e legais, a par dos interesses coletivos.

Não se afigura adequado que o judiciário se abstenha de promover a análise individual das necessidades, sob o fundamento único de que o público sobrepuja o privado. Indubitavelmente, deve, pois, fazê-lo, mas com fundamento e justificação extraídos de todo o conjunto constitucional, das lições da vida comum e dos interesses que fundamentam o Estado democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: Revista de Direito Administrativo, 240:83.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1 ed. 4 tir. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

³² Como já disse o jurista português Orlando de Carvalho. In: CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites. 2. ed. Centelha, 1981. v.1. p. 92.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. R. Jur. UNIJUS, Uberaba-MG, v.11, n. 15, p.13-38, novembro, 2008.

BARRY, Brian. *Teorías de La justicia*. vol. 1. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Ceará. Agravante: União Federal. Agravados: Ministério Público Federal e outros. J. em 17/03/2010. Plenário. v.u. DJe nº 76. Divulgação 29.04.2010. Publicação 30.04.2010. Ementário nº 2399-1. p. 94.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Centelha, 1981

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: *Uma vida dedicada ao direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-53.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FORST, Rainer. *Contextos de justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

GARGARELA, Roberto. *A democracia deliberativa e a judicialização dos direitos sociais?* In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELA, Roberto. [coords.] *El derecho a La igualdad: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2007. p. 122-144.

GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: os direitos sociais na constituição*. Buenos Aires: Libreria, 2008.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: Editora UnB, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumun Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.