

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

GLAUCIO NEY SHIROMA OSHIRO

**DIREITO À SAÚDE COMO INTEGRIDADE: ENTRE A DIGNIDADE E A
HIPOSSUFICIÊNCIA**

**Brasília
2024**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

GLAUCIO NEY SHIROMA OSHIRO

**DIREITO À SAÚDE COMO INTEGRIDADE: ENTRE A DIGNIDADE E A
HIPOSSUFICIÊNCIA**

Tese de doutoramento apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Estado e Constituição, sob a orientação do Professor Doutor Guilherme Scotti.

**Brasília
2024**

Defesa da Tese de doutoramento apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília de **Glaucio Ney Shiroma Oshiro** intitulada “**Direito à saúde como integridade: entre a dignidade e a hipossuficiência**”, orientado pelo Professor Dr. **Guilherme Scotti**, em 11 de outubro de 2024.

Tese _____ como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, Estado e Constituição, pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor Guilherme Scotti (Orientador)
Universidade de Brasília

Professora Doutora Janaína Penalva
Universidade de Brasília

Professor Doutor Francisco Raimundo Alves Neto
Universidade Federal do Acre

Professora Doutora Élide Graziane Pinto
Fundação Getúlio Vargas

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto (suplente)
Universidade de Brasília

Para meus pais, meus anjos no Céu.

Para Natália, Pedro e Guilherme, meus anjos na Terra.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

A todos os amigos do Doutorado. Em época de pandemia, em uma relação de ausência presencial, o equilíbrio de todos mutuamente se sustentando foi marcante para avançarmos, todos, na jornada intermediada por telas.

Ao Ministério Público do Estado do Acre que me inspira e me permite, na prática, contribuir na tentativa, muitas vezes inglória, de garantir um Sistema Único de Saúde universal como representação de uma sociedade que anseia a igualdade mais genuína. Ao Conselho Superior do Ministério Público, que me concedeu o afastamento das atividades para a elaboração da tese. Nesse contexto, um especial agradecimento ao Procurador-Geral de Justiça, Danilo Lovisaro do Nascimento, que, além de presidir o Conselho Superior, não somente propiciou todas as condições para o afastamento, mas contribui decisivamente para meu aperfeiçoamento nas funções e no intelecto.

À equipe da Secretaria-Geral do Ministério Público, que também contribuiu fortemente à minha temperança durante o afastamento, sobretudo à Tallini.

A Marco Aurélio, assumindo momentaneamente as funções na Secretaria-Geral.

À Marcela, profundamente, pela dedicação, pelas batalhas e pela obstinação durante minha ausência. Além de tudo, pelas renúncias em todas as esferas, também tenho muito a me desculpar.

A Guilherme Scotti, novamente com orientação muito fluida e distinta, me conferiu a segurança e o apoio fundamentais para a trajetória mais serena possível, mesmo nas turbulências.

A Pedro e a Guilherme, a esperança pelas desculpas por não termos mais o tempo que já se foi.

À Natália, pela revisão e pela produção textual dos originais. E, muito mais importante, pelos caminhos da vida, pelo amor e pelos amores e por toda a sustentação perseverante e incansável. Nem me imagino ser de novo só.

RESUMO

Esta tese se propõe a investigar o fenômeno da judicialização das políticas de saúde no Brasil. Para cumprir a finalidade, o recurso metodológico será a análise da jurisprudência, abordando os principais precedentes construídos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, o que permite identificar a atual posição da Suprema Corte. A pesquisa apresenta como objetivo central analisar de que maneira a capacidade financeira dos pacientes, espectadores mais diretos do drama jurisdicional, pode ser tomada como critério juridicamente válido para pronunciamentos judiciais favoráveis em demandas que discutam ações e serviços públicos perante o Sistema Único de Saúde (SUS), em especial do ponto de vista da legitimidade do direito e de seus análogos éticos. Partindo dos princípios da igual consideração e respeito e da dignidade, o estudo questiona se a fixação da hipossuficiência financeira, praticamente um dogma, mantém uma relação de integridade com a comunidade de princípios constitucionais, especialmente com a finalidade de admitir, como requisito central, uma avaliação mais profunda sobre se existe uma pretensão a ser juridicamente protegida em juízo. A pesquisa também examina, em simbiose com a hipossuficiência, como o mínimo existencial vem sendo utilizado na fundamentação dos tribunais, assim como busca explorar as implicações éticas e morais, integradas entre si, de restringir a universalidade da saúde como direito baseado em condições socioeconômicas. Esse cenário restritivo erguido pela Suprema Corte é avaliado sob uma perspectiva do direito como integridade, o que permite a identificação da concepção de direito pela qual o STF se sente atraído ao exultar esse posicionamento. O trabalho afirma que a prática atual desconsidera, de forma insolente, a universalidade e compromete a saúde como direito. Por fim, a pesquisa sugere a necessidade de adequar os critérios adotados pela Corte, propondo uma interpretação reverente à comunidade de princípios, pois a hipossuficiência se transforma em desigualdade e o mínimo existencial, em sobras da escassez. Como conclusão, a tese destaca que o entendimento mais abrangente sobre o que a Constituição constitui para o direito à saúde depende do entendimento à melhor luz da igual consideração e respeito, o que amplia a compreensão de que a dignidade é indivisível.

Palavras-chave: Saúde como direito; hipossuficiência; mínimo existencial; direito como integridade; igual consideração e respeito; dignidade.

ABSTRACT

This thesis aims to investigate the phenomenon of the judicialization of health policies in Brazil. To achieve this purpose, the methodological approach will center on jurisprudential analysis, focusing on the main precedents established by the Brazilian Supreme Court (STF) on the subject, which allows us to identify the current position of the Supreme Court. The main objective of the research is to analyze how the financial capacity of patients, who are the most direct participants of the judicial drama, can be taken as a legally valid criterion for favorable judicial rulings in cases concerning public health services provided by Brazilian Health System (Sistema Único de Saúde - SUS), especially from the point of view of the legitimacy of the law and its ethical analogues. Based on the principles of equal concern and respect and dignity, the study questions whether the establishment of financial insufficiency, practically a dogma, maintains a relationship of integrity with the community of constitutional principles, especially with regard to admitting, as a central requirement, a deeper evaluation of whether there exists a claim that should be legally protected in court. The research also examines, in symbiosis with the financial insufficiency, how the existential minimum has been used in the judicial reasoning, as well as seeking to explore the ethical and moral implications, integrated with each other, of restricting the universality of health as a right based on socioeconomic conditions. This restrictive scenario erected by the Supreme Court is evaluated from a perspective of law as integrity, which allows the identification of the conception of law by which the STF is attracted when exulting this position. The work argues that the current practice insolently disregards universality and compromises health as a right. Finally, the research suggests the need to adapt the criteria adopted by the Court, proposing an interpretation that is reverent to the community of principles, since financial insufficiency becomes inequality and the existential minimum becomes the remnants of scarcity. In conclusion, the thesis highlights that the most comprehensive understanding of what the Constitution establishes for the right to health depends on understanding it in the best light of equal concern and respect, which expands the notion that dignity is indivisible.

Keywords: Health as a right; financial insufficiency; existential minimum; law as integrity; equal concern and respect; dignity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO. PEQUENO GUIA DA TEIA DECISÓRIA	12
2.1	Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175.....	14
2.2	Recurso Extraordinário nº 657.718 (Tema nº 500)	15
2.3	Recurso Extraordinário nº 566.471 (Tema nº 006)	17
2.4	Recurso Extraordinário nº 1.165.959 (Tema nº 1161)	23
2.5	Embargo de Declarações no Recurso Extraordinário nº 855.178 (Tema nº 793) e Recurso Extraordinário nº 1.366.243 (Tema nº 1234).....	25
2.6	Síntese Provisória	29
2.7	Recurso Extraordinário nº 581.488 (Tema nº 579).....	30
3	DIREITO À SAÚDE COMO INTEGRIDADE.....	34
3.1	Legitimidade	36
3.2	Mínimo existencial ou sobras da escassez?	44
3.3	Trunfos.....	53
3.4	Riqueza e recursos	72
3.5	Preferências, escolhas e dignidade	85
3.6	Independência ética e proteção da dignidade	89
4	POR UM TRIUNFO DA DIGNIDADE.....	93
4.1	A derrota do direito	93
4.2	Das imposturas à indignidade	101
4.3	Reerguendo a legitimidade e a dignidade.....	113
4.4	A teia inconsútil da saúde como direito	117
4.5	<i>Excursus</i> : contributos para a solução prática	123
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
	REFERÊNCIAS.....	138

1 INTRODUÇÃO

Um determinado defeito genético ocasiona deficiência na produção de uma enzima que garante o bom funcionamento das hemácias, o que as tornam sensíveis a determinadas substâncias, como alimentos e medicamentos. Esse defeito acarreta a anemia e, sempre que as hemácias são expostas a tais substâncias, surgem os sintomas mais típicos, como a fadiga e o cansaço. Estudos mais recentes apuraram que, atualmente, pessoas que apresentam esse defeito genético concentram-se em populações que habitam regiões em que ocorrem ou já ocorreram epidemias de malária no passado. Em pesquisa com os genes das pessoas que apresentam esse tipo de anemia nos dias de hoje, cientistas calcularam a época em que surgiu a mutação que levou ao defeito genético, concluindo que os grandes surtos de malária coincidem com o período de surgimento da agricultura. Uma conclusão apressada pode sugerir que a agricultura ou a malária são as causas da anemia. Seria uma associação válida?

O que se sabe é que a malária é causada por um plasmódio, um parasita que invade as hemácias humanas após ser inoculado pela fêmea de um mosquito. Nas hemácias, os plasmódios da malária se reproduzem e se perpetuam. Ao abandonar a vida nômade, os seres humanos se ligaram ao solo e se tornaram sedentários. Com a expansão da agricultura, houve aumento da oferta de alimentos e, assim, aumento da população humana. Mas, para sustentar a agricultura, os seres humanos também invadiram as matas, promovendo alterações no meio ambiente e o plasmódio ancestral, que acometia aves, répteis e outros mamíferos, encontrou uma oferta muito mais cômoda. Com sangue humano à disposição e de modo muito mais abundante, eclodiram as epidemias.

Todavia, aquelas pessoas acometidas pelo defeito ocasionado por uma mutação, prejudicando o bom funcionamento das células, foram protegidas pela genética. O plasmódio não encontrava o ambiente propício dentro das hemácias defeituosas para se reproduzirem e os portadores dessa deficiência não adoeciam ou, por vezes acometidos pela forma mais leve da doença, sobreviviam. Por outro lado, a população saudável sucumbia aos surtos. Os descendentes de hoje carregam o defeito genético de seus ancestrais, mas somente estão vivos por causa da anemia que lamentam possuir (Ujvari, 2015, p. 99-113).

A chamada judicialização da saúde ou das políticas de saúde pode ser considerada um defeito genético do Sistema Único de Saúde (SUS)? Sim ou não, o que nos anima é que a judicialização é um fenômeno existente, persistente, que desperta críticas e muitas avaliações. Muitas obras são escritas dedicadas ao assunto, enaltecendo os acertos, criticando os desacertos, trazendo sucessos e fracassos. A judicialização ocorre por causa do financiamento

historicamente insuficiente e deficiente do SUS? Ou o SUS apresenta uma centralidade da atenção primária em saúde fragilizada por causa de judicialização? A judicialização é causa ou é consequência de um planejamento estéril dos gestores de saúde? Enfim, a judicialização é mesmo um defeito? Sejam quais forem as respostas a tais perguntas, notamos que o princípio da igualdade, assim como o princípio da dignidade, são muitas vezes trazidos como argumentos para apontar os defeitos ou sublimar as virtudes.

Essa imprecisão é que nos move. O princípio da igual consideração e respeito é a virtude soberana de uma comunidade política (Dworkin, 2002) e quanto mais comportamentos forem gerados para se aproximar dela, mais a comunidade estará próxima da justiça. Uma comunidade que se guie pela igual consideração e respeito é uma comunidade genuinamente preocupada com a dignidade dos cidadãos que vivem sob sua autoridade. Nesse aspecto, no interior do fenômeno da judicialização das políticas de saúde, avulta a questão relativa à hipossuficiência, que se torna quase um dogma na discussão e tem se evidenciado como um critério praticamente insuplantável nos pronunciamentos do Poder Judiciário, o que repercute diretamente na distribuição da assistência à saúde. A aparente ausência de controvérsia nesse terreno justifica a nossa análise no decorrer da pesquisa, porquanto vem acompanhada da naturalização dos argumentos e que acaba, de uma maneira nada convencional, a se incorporar ao conteúdo constitucional da saúde como direito.

Deveremos empenhar esforços para apreciar se a capacidade financeira dos indivíduos é um elemento constitucionalmente adequado para decidir sobre a definição de direitos. Assim, a nossa ambição será verificar se termos naturalmente empregados pela jurisprudência, como “hipossuficiência”, “vulnerabilidade social”, “carência”, para fundamentarem pronunciamentos judiciais favoráveis se ajustam ao sistema de princípios constitucionais.

A fim de cumprir os anseios afirmados, nos orientaremos pelo percurso metodológico da análise da jurisprudência, porém restringiremos o estudo aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), selecionando alguns casos com elevada significância para a definição dos contornos da saúde como direito. Com efeito, podemos pressupor que as deliberações da Suprema Corte têm como consequência conferir contornos constitucionais às divergências sobre as quais se manifesta. Além disso, suas decisões geram um efeito de ampla repercussão jurídica, irradiando efeitos a todo o sistema de justiça. Essa análise permitirá traçar os contornos mais concretos da prática jurisprudencial da Suprema Corte nos últimos anos.

No entanto, também partimos do pressuposto de que a “Constituição não pode ser de alguém”, afinal “ela é necessariamente de todos nós” (Carvalho Netto, 2005, p. 126). Dessa

maneira, nosso propósito será dirigir uma análise relacionada à coerência das decisões. Contudo, a luz da coerência que almejamos alcançar não se resumirá às deliberações judiciais entre si mesmas, mas colorida com os matizes da leitura principiológica levando em consideração também outras decisões políticas. Buscaremos identificar, conduzidos por essa luz, se tais pronunciamentos se apresentam como uma concepção de direito atraente, sobretudo com suporte nos valores constitucionais. A partir dessa perspectiva metodológica, o problema concreto da posição do STF deverá ser o nosso guia de viagem em toda a jornada, de modo que a teoria representará um importante papel de suporte, destacando maior objetividade à linha teórica.

Após a análise desse conjunto de decisões que apresentaremos no segundo capítulo, dedicaremos nossa atenção no capítulo seguinte à divisão da natureza do direito à saúde proposta pelo STF, conduzida pelo voto do Min. Roberto Barroso, para quem terá natureza universal ou sofrerá um constrangimento à hipossuficiência dependendo da origem da formulação do direito. Devemos adiantar já na introdução que, para a linha interpretativa do Ministro, há uma diferença profunda entre a saúde estabelecida mediante a construção de políticas públicas e a saúde decorrente de reconhecimento por intermédio do Poder Judiciário. Ao redor desse posicionamento, deveremos levantar questões para o desenvolvimento da tese, notadamente se a divisão pretendida encontra justificações em argumentos de princípio ou em argumentos de política. Ainda, a fim de trazer questionamentos para respondê-los, nossos holofotes deverão ser direcionados de uma forma especial para a legitimidade do direito e também para o correspondente fundamento ético, os quais deverão fornecer elementos substantivos sobre as discussões.

Também no âmbito do fenômeno da judicialização, o mínimo existencial, tanto quanto a hipossuficiência, recebe uma importância argumentativa elevada nos salões da jurisprudência. Muitas vezes invocado como instrumento de defesa do princípio da dignidade humana, o mínimo existencial deverá ser objeto de nossa atenção exatamente no mesmo ponto, ou seja, percorreremos os signos da dignidade com a intenção de identificar seus contornos mais aprofundados e, se estivermos em alguma trilha do triunfo, poderemos indicar as respostas se, de fato, o mínimo existencial é uma expressão do princípio da dignidade. Essa trilha propiciará argumentos que corroborem ou, ao contrário, refutem a exaltação do mínimo existencial como expressão da dignidade e a resposta que se apresentar igualmente irá propiciar o debate sobre o grau de reverência das decisões políticas à igual consideração e respeito, assim como sobre o nível de inclinação à estima pela comunidade de princípios.

No percurso, haveremos de produzir reflexões que tangenciam a discussão sobre se é possível que os indivíduos possuam direitos morais contra o Estado e, caso seja positiva a inteligência, qual o ponto de inflexão desse juízo, especialmente relacionado à concepção do direito como integridade.

Dessa maneira, tanto no terceiro capítulo, mas principalmente no quarto, o princípio da igual consideração e respeito, assim como o princípio da dignidade deverão moldar os caminhos da nossa trajetória. Não temos dúvida que o SUS representa em si mesmo um grande projeto civilizatório e de potente conteúdo de transformação social. O edifício do SUS ainda está sendo duramente erguido e muitos interesses contrários impõem obstáculos a essa construção. As objeções obviamente evidenciam os interesses daqueles que saboreiam da comodidade e do conforto e, por isso, são indiferentes ou mesmo recusam qualquer anseio à transformação. Dessa constatação, buscaremos reerguer a legitimidade do direito e o seu fundamento ético, mas, ao mesmo tempo, guiados pela leitura principiológica em sua melhor luz, procuraremos desenhar soluções práticas atenta e profundamente coerentes com todas as decisões políticas.

O que não podemos é imaginar que a hipossuficiência esteja em um terreno indisputável, pois não estamos no posfácio. “Os direitos fundamentais têm esse papel de nos descalçarem, e as instituições democráticas de acompanharem essa coisa viva que a Constituição constitui”. Os princípios de uma Constituição democrática não trazem paz; o processo de discussão é infinito e antigas práticas podem e devem se tornar um “escândalo” se necessário for. “O papel de um texto constitucional é nos constituir, e nós voltamos sempre para reinterpretá-lo, à nossa imagem e semelhança, sempre obedecendo a indisponibilidade desses direitos fundamentais” (Carvalho Netto, 2021a, p. 130-131). Talvez, nunca se chegue à conclusão alguma sobre se o fenômeno da judicialização das políticas de saúde se classifica como defeito do Sistema Único de Saúde. Talvez, nem seja preciso. O que não podemos é deixar de agitar as reflexões.

2 PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO. PEQUENO GUIA DA TEIA DECISÓRIA

Com vistas a responder nossos questionamentos, parece-nos mais que necessário, mesmo sem o aprofundamento desejável e ainda que incorramos no pecado da superficialidade, passar os olhos pelas decisões que podem ser consideradas a moldura que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao tratamento jurisprudencial da saúde como direito no Brasil. Muito embora a nossa seleção possa não ser a mais abrangente possível, imaginamos que possa ser representativa de um exitoso exemplo do romance em cadeia (*chain novel*) (Dworkin, 1986, p. 228-238) e de uma inegável evolução no tratamento constitucional dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.

Enquanto doutrina e jurisprudência do passado, obviamente com o recorte posterior à Constituição de 1988, invocavam a natureza meramente programática da norma constitucional, recusando a tutela jurisdicional, houve uma mudança substancial no padrão decisório no final da década de 1990, o que levou à interpretação de que providências atinentes a medicamentos e tratamentos em geral eram direitos à saúde que gozavam de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Essa modificação decisória pode ser representada pela sempre lembrada decisão do Min. Celso de Mello, Ministro Relator do RE nº 271.286¹, julgado em 12 de setembro de 2000:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter

¹ Conforme bem observam Machado; Dain (2012, p. 469), não foi essa a decisão, nem foi o STF, que propiciaram a mudança, pois o contexto jurisprudencial assim já determinava a virada da posição dominante.

programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, **um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.** Precedentes do STF (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2000, grifo nosso).

Ainda nessa fase inicial da modificação da postura jurisprudencial, conseguimos captar uma certidão embrionária do requisito da hipossuficiência. Com efeito, mesmo que a decisão acima não tenha exteriorizado a pretensão de criar um requisito para a tutela jurisdicional, a ementa confere uma ênfase a “pessoas carentes, [...] especialmente daquelas que nada têm e nada possuem”. O “gesto solidário” ilustra a alma generosa da Suprema Corte. Contudo, a generosidade, por si só, não deve ser uma virtude que fundamenta a legitimidade de um direito. A legitimidade exige muito mais e será uma ambição que perseguiremos no presente trabalho.

De toda maneira, ao recusar a natureza programática da norma constitucional relativa ao direito à saúde, o que poderia “transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, o STF propiciou que a modificação da interpretação ganhasse posições para a sua consolidação e, nesse período inicial de mudança, ocasionou “certa euforia, sempre bem intencionada, mas algumas vezes contraproducentes” (Sarmiento; Telles, 2012, p. 118).

Percebendo essa euforia, a jurisprudência inicia novo processo de reflexão e passa a se preocupar com as consequências ofensivas do fenômeno da judicialização sobre a organização do Sistema Único de Saúde em todos os seus aspectos, seja do ponto de vista orçamentário-financeiro, seja do da gestão administrativa ou ainda da regulação sanitária. Nesse cenário, o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, passou a pretender a construção de um parâmetro decisório que servisse de moldura a fim de dar respostas mais racionais às demandas de saúde e, como efeito consequencial, fez emergir requisitos.

2.1 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175

Sob esse influxo, a partir do ano de 2009, a Suprema Corte pôs em marcha de maneira mais sistemática o desenvolvimento de importantes capítulos a respeito do entendimento do Poder Judiciário em matéria de saúde pública, momento em que foi realizada a Audiência Pública nº 4, cujas interessantes discussões levaram à decisão paradigmática da Suprema Corte na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes, que denominaremos de paradigma originário. Em relação a esse julgado inicial, tivemos a oportunidade de avaliar criticamente em nossa dissertação de Mestrado (Oshiro, 2017) as argumentações que conduziram o fio condutor, a partir dali, do fenômeno da judicialização. Esse julgamento teve a confessada pretensão de estabelecer parâmetros para o caminhar do Poder Judiciário frente a demandas de saúde.

A partir do estabelecimento desse paradigma, ficaram fixados valiosos elementos a “servirem de fundamentos ao Poder Judiciário como um todo para a apreciação e deliberação de demandas envolvendo a saúde” (Oshiro, 2017, p. 73). Em apertada síntese, ficou compreendido que o direito à saúde pressupõe a existência de políticas públicas, as quais devem ser formuladas responsabilmente pelo Poder Público.

Entretanto, como é consabido, as políticas públicas, por mais abrangentes e cuidadosas, não raramente são incapazes de satisfazer as necessidades mais prementes de uma comunidade, sobretudo em uma como a brasileira, que padece de uma profunda desigualdade e cujas ações e serviços públicos de saúde se pretendem universais. Como consequência, frente a um contexto que também envolve políticas públicas mal concebidas, deficientes ou insuficientes, foram firmados percursos com limitações razoavelmente claras por onde os magistrados podem caminhar com uma generosa margem de segurança para proferirem suas deliberações em enfrentamentos mais concretos. Nesses casos, em linhas bastante largas, é necessário distinguir se os pedidos judiciais envolvem alguma vedação legal sobre a tecnologia pretendida, se há uma decisão administrativa anterior negando o seu fornecimento ou se há uma omissão legislativa ou administrativa a respeito da pretensão deduzida em juízo.

Aliado ao que está acima exposto, que constrói um ritmo cauteloso para o Poder Judiciário observar quando se está diante de pretensões judiciais fora dos contornos de políticas públicas existentes, a Suprema Corte também ergueu uma bússola científica, reconhecendo que os níveis de evidência científica devem ser guias imprescindíveis para as deliberações judiciais.

A chamada doutrina da Medicina Baseada em Evidências (MBE) foi homenageada². Nesse sentido, afastou-se categoricamente a possibilidade de custeio de quaisquer tratamentos experimentais por intermédio de decisões judiciais, posição esta que apenas reafirma a primazia do cuidado em conformidade com as evidências científicas.

Todavia, há de se enfatizar que a discussão havida na STA nº 175 não envolveu qualquer revolvimento sobre argumentações de hipossuficiência das partes interessadas, nem qualquer tipo de esquadramento a respeito da capacidade financeira.

2.2 Recurso Extraordinário nº 657.718 (Tema nº 500)

Outro capítulo importante do romance foi escrito com o Recurso Extraordinário nº 657.718, Relator Min. Marco Aurélio, o qual discutiu a controvérsia sobre a existência de obrigação do Poder Público em fornecer tratamento por meio de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Com o RE nº 657.718, julgado em 22 de maio de 2019, e transitado em julgado em 04 de dezembro de 2020, foi fixada a tese do Tema nº 500, de proposição do Min. Roberto Barroso, redator para o acórdão:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Consoante se percebe, reafirmando o que fora decidido na STA nº 175, uma vez mais a Suprema Corte expressou de maneira indubitosa que medicamentos experimentais não podem ser objeto de deliberação judicial favorável. A afirmação é peremptória e não comporta qualquer exceção, inclusive assentado pelo Min. Barroso em tons categóricos que “não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los [medicamentos experimentais]”.

² Para noções gerais da Medicina Baseada em Evidências que auxiliam na compreensão do fenômeno da judicialização da saúde, cf. Oshiro, 2017, p. 78-81.

Ainda, pela redação da tese do Tema nº 500, percebe-se que o STF conferiu uma continuidade aos contornos desenhados no paradigma originário. Com efeito, assim como no âmbito da STA nº 175, o RE nº 657.718 consignou que a falta de registro na Anvisa constitui vedação legal para a distribuição e o consumo de medicamento no Brasil, porém igualmente reafirmou que em alguns casos essa proscrição pode ser excepcionalmente superada. Ademais dessas reafirmações, o Extraordinário pode ser considerado uma situação representativa de aperfeiçoamento do romance em cadeia, na medida em que acrescentou outra ressalva de modo expresso: a “mora irrazoável na apreciação do pedido de registro”, em conformidade com a extensão e profundidade contidas na tese fixada, o que possibilita a excepcional dispensação mesmo diante de ausência de registro.

No caso, muito embora não tenha sido fixado na tese do Tema nº 500, o Min. Barroso na fundamentação de seu voto delimitou, como requisito para o deferimento de dispensação por via judicial, a incapacidade financeira do paciente, coincidentemente com o que defendeu no caso do RE nº 566.471³, que será abaixo ilustrado com maiores detalhes. Aliás, nesse ponto, cabe mencionar que o Min. Luiz Fux destacou entender que, mesmo sem referência expressa, a “hipossuficiência está embutida na tese”, constituindo como pressuposto que “só pode formular esse pedido [medicamentos sem registro na Anvisa] os hipossuficientes”.

³ Imprescindível fazer um destaque nesse ponto, porquanto, inicialmente, os Recursos Extraordinários nº 657.718 e nº 566.471 estavam sendo apreciados em conjunto, ambos sob a relatoria do Min. Marco Aurélio. Porém, em razão de pedidos de vista, os julgamentos se cindiram. Assim, é comum observar que alguns votos dos Ministros acabam por trazer argumentos em que confundem o enfrentamento de uma ou outra questão. Por exemplo, consta no RE nº 566.471 um aditamento ao voto do Min. Marco Aurélio, não havendo o mesmo aditamento no presente RE nº 657.718. Com esse aditamento, o entendimento do Min. Marco Aurélio no RE nº 566.471 foi alterado com profundidade se comparado ao que se pronunciou no âmbito do RE nº 657.718. Com efeito, no RE nº 657.718 defendeu efusivamente a impossibilidade de fornecimento de medicamento em face da ausência de registro na Anvisa, inclusive restando vencido no julgamento, porquanto a maioria dos Ministros entendeu que, apesar de ser a regra, haveria hipóteses excepcionais a admitir o fornecimento mesmo diante da inexistência do registro competente. Nesse caso, sua proposta de tese era a seguinte: “o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento”. Percebe-se, pela tese, a inexistência de aberturas excepcionais. Entretanto, em seu aditamento no RE nº 566.471, o Min. Marco Aurélio ventila uma diferenciação entre o registro na Anvisa para fins de industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo, na forma do art. 12, da Lei nº 6.360/1976, e autorização da mesma Anvisa para importação de produto não registrado no Brasil, mas com registro em país de produção. Nesse último caso, em sua visão fundamentada na RDC Anvisa nº 08/2014, o Estado estaria compelido a custear o tratamento mesmo diante da ausência de registro. “Conclusão diversa implica submeter a sobrevivência do ser humano a ato estritamente formal – deliberação da Anvisa no sentido da inserção na lista de importação autorizada”, argumentou. Assim, aparentemente sem perceber, o Min. Marco Aurélio confundiu as situações e, com essa alteração de entendimento, por coerência, deveria ter formulado o mesmo aditamento no âmbito do RE nº 657.718. Essa confusão ainda é significativa porque, como será ressaltado no texto, o inteiro teor do acórdão do RE nº 566.471 não foi disponibilizado.

2.3 Recurso Extraordinário nº 566.471 (Tema nº 006)

Por sua vez, outra controvérsia colocada sob o escrutínio da Suprema Corte foi o Recurso Extraordinário nº 566.471. O julgamento do mérito foi concluído em 11 de março de 2020, todavia, o Tribunal deliberou por fixar a tese da repercussão geral do Tema nº 006 em momento posterior, o que até o momento não ocorreu⁴. Esse considerável período de tempo já transcorrido acaba por ocasionar indefinições que poderiam ser simplesmente superadas e ainda contribui para a manutenção das decisões vacilantes por todo o país⁵.

Em breve resumo, o RE nº 566.471 foi protocolado na Suprema Corte em 08 de outubro de 2007, buscando definir a obrigatoriedade do Estado em oferecer medicamentos não incluídos na “Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional”, os equivocadamente chamados medicamentos de “alto

⁴ Conforme consulta realizada no portal do STF, no link <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>, em 29/08/2024. Importante frisar que as propostas de tese dos Ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso e Alexandre de Moares que serão transcritas no texto foram extraídas nessa mesma consulta.

⁵ Exemplo concreto do que se menciona no texto será tratado mais adiante, ainda nesta seção. Com efeito, caso a tese sugerida neste Extraordinário pelo Min. Barroso fosse acolhida (e esse é somente um exercício de suposição e não leva em consideração, em nenhuma medida, se é a melhor tese das três indicadas), ficaria consolidado o entendimento de que demandas judiciais que envolvessem tecnologias registradas na Anvisa, mas não incorporadas ao SUS, teriam a União como legitimado passivo necessário. Considerando o aspecto temporal de que o mérito foi julgado em 11/03/2020, esse entendimento traria consigo também a consolidação do Tema nº 793, decorrente do RE nº 855.178, redator para acórdão Min. Fachin, que transitou em julgado um pouco depois, em 13/05/2020. Se houvesse sido consolidado esse entendimento, uma multiplicidade de conflitos de competência entre as Justiças Estadual e Federal seria evitada, assim como seria evitado o Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº 14, no Superior Tribunal de Justiça, que justamente discute se a União deve necessariamente compor o polo passivo das demandas em que se discute a dispensação de tecnologias não incorporadas ao SUS, mas registradas na Anvisa. Além disso, também seria evitado o RE nº 1.366.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, que determinou a suspensão nacional de todos os recursos extraordinários e especiais que envolvem a matéria. Em síntese, o atraso na definição da tese do Tema nº 006 é mais um exemplo de que o próprio STF contribui decisivamente para a multiplicidade de demandas judiciais em face da vacilação de uma definição jurisprudencial.

custo”⁶. Inicialmente, a relatoria coube ao Min. Marco Aurélio⁷ e foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional. No enfrentamento do litígio, três Ministros propuseram parâmetros para a fixação de tese, todos elegendo, de uma forma ou de outra, o requisito da capacidade financeira.

O então Min. Relator Marco Aurélio apresentou sua tese inicialmente na sessão de 15 de setembro de 2016 e, na sessão de 28 de setembro do mesmo ano, promoveu um aditamento ao seu voto e propôs uma rerratificação com o seguinte contorno:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição [do fármaco], **da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo**, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 [*rectius*: 1.694] a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso (grifo nosso).

Na mesma sessão plenária de 28 de setembro, o Min. Roberto Barroso lançou a seguinte proposta de tese:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, **salvo hipóteses excepcionais**, em que preenchidos cinco requisitos: (i) **a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente**; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado

⁶ Parece-nos conveniente fazer uma breve observação quanto à evolução do tratamento da política de assistência farmacêutica, especialmente porque o Ministro relator fez referência à política acima mencionada, a qual foi bastante reformulada poucos anos após o RE nº 566.471 chegar à apreciação do STF. Com efeito, o “Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional”, ao tempo do ajuizamento do RE nº 566.471, estava regulamentado pela Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007. Contudo, sua origem remonta ao ano de 1982, antes do SUS, desenhado para abranger uma pequena população afetada por doenças consideradas de caráter excepcional, mais especificamente pacientes transplantados e renais crônicos (Carias *et al.*, 2011, p. 235-2366). Poucos anos após o ajuizamento do RE nº 566.471, o programa foi substancialmente modificado pela Portaria GM/MS nº 2.981, de 26 de novembro de 2009, alterando também sua denominação, passando a ser tratado como Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF). Parece-nos que a alteração da denominação não ocorreu por mero capricho, mas para simbolizar que a dispensação de medicamentos não se dava em caráter excepcional como disciplinado em sua origem, mas como parte de uma estratégia de acesso a medicamentos caracterizada “pela busca da integralidade do tratamento medicamentoso na assistência ambulatorial” (Carias *et al.*, 2011, p. 236). Realmente, em 1993 o “Programa” contemplava uma lista de 15 fármacos em 31 apresentações farmacêuticas; com a reformulação em 2009, o CEAF abrangeu 109 fármacos, em um total de 243 apresentações farmacêuticas (Carias *et al.*, 2011, p. 236). Para fechar os parênteses abertos para essa regressão histórica, sublinhamos que a reformulação do programa modificou e disciplinou também a forma de financiamento, respeitadas as pactuações entre todos os entes federados. Atualmente, não existe na política de assistência farmacêutica qualquer identificação como dispensação excepcional e é um erro fazer qualquer referência a medicamentos de “alto custo”. Para uma análise mais completa da evolução do tratamento normativo para acesso a medicamentos do então “Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional”, cf. Carias *et al.*, 2011.

⁷ Após a aposentadoria do Min. Marco Aurélio, o Min. André Mendonça assumiu a relatoria do RE nº 566.471 em 15 de maio de 2023.

pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS (grifo nosso).

Essa última sessão foi suspensa em razão do pedido de vista do saudoso Min. Teori Zavascki, e retomada apenas em 11 de março de 2020, momento em que votaram os outros Ministros da Suprema Corte, dentre os quais o Min. Alexandre de Moraes⁸, o qual formulou a seguinte proposta de tese:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: **(a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio;** (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia, segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento (grifo nosso).

Levando em conta que o julgamento ainda não foi concluído em relação à fixação da tese da repercussão geral, o STF não disponibilizou o inteiro teor do RE nº 566.471. Dessa maneira, infelizmente não conseguimos obter acesso a todos os votos, ficando prejudicada, nesta quadra, a análise mais aprofundada dos argumentos que compuseram as manifestações de

⁸ O Min. Alexandre de Moraes assumiu a vaga deixada pelo Min. Teori Zavascki, que veio a óbito em razão de um acidente aéreo ocorrido em janeiro de 2017.

cada Ministro. Obtivemos somente o teor dos votos do então Relator, Min. Marco Aurélio⁹, e dos Ministros Roberto Barroso¹⁰ e Gilmar Mendes¹¹.

A nosso juízo, a falta de acesso ao voto do Min. Alexandre de Moraes é o que mais repercute para o presente trabalho, na medida em que é o único dos ministros que fizeram a proposta de tese que não tem o seu voto disponível para um melhor escrutínio. Muito embora as sessões plenárias de 28 de setembro de 2016 e de 11 de março de 2020 tenham sido disponibilizadas e armazenadas no canal oficial do STF no *YouTube*¹², como é de praxe, os Ministros, quando o fazem¹³, leem apenas os destaques que acreditam mais importantes de seus votos. Assim, é nesse contexto de limitações que faremos a análise desse julgamento até o momento.

Como podemos perceber pelas propostas de fixação de tese acima mencionadas, o posicionamento do Min. Marco Aurélio acerca da solidariedade familiar é, minimamente, curioso. O então relator invoca a normatização contida do Código Civil (arts. 1694 e 1710) a respeito das obrigações alimentares, introduzindo profundamente uma inovação ao tratar a matéria. O Ministro, tanto no voto quanto em seu aditamento, frisa que a obrigação familiar precede à do Estado, pois, sob a sua perspectiva, a solidariedade familiar é antecedente à solidariedade social. Conforme argumenta, nos casos em que os medicamentos não estejam previstos em políticas públicas (em suas palavras, “em listas oficiais”), a obrigação do Estado de custear tais produtos surge somente quando outros membros da família não puderem suportar o ônus financeiro, respeitadas as ordens de precedência segundo as regras do Código Civil. Destaca, ademais, que inclusive será possível ao Estado exercer o direito de regresso contra a entidade familiar nos casos em que for condenado judicialmente a custear. Portanto, para o relator, a impossibilidade de invocação da solidariedade familiar no que tange aos recursos

⁹ O voto e o respectivo aditamento ao voto foram obtidos, respectivamente, nos seguintes links <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>, os quais foram acessados em 20/08/2023.

¹⁰ O voto do Min. Roberto Barroso foi obtido no link <https://www.migalhas.com.br/quentes/246451/stf-julgamento-sobre-dever-de-estado-fornecer-remedios-de-alto-custo-e-sem-registro-e-suspensao>, acessado em 20/08/2023.

¹¹ O voto foi obtido no link foi obtido <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/leia-voto-gilmar-mendes-remedio-alto-custo>, acessado em 20/08/2023.

¹² https://www.youtube.com/@STF_oficial. A sessão de 28/09/2016 está disponível no *link*: <https://www.youtube.com/watch?v=Y5HRYLyd1cU&t=2s>. A sessão do dia 11/03/2020 está dividida em duas partes: https://www.youtube.com/@STF_oficial/search?query=medicamentos%20de%20alto%20custo e <https://www.youtube.com/watch?v=7uLR5GYhwjo>.

¹³ O Min. Alexandre de Moraes foi um dos Ministros que leram alguns destaques do seu voto.

financeiros disponíveis nas relações familiares é condição inafastável para impor obrigatoriedade do Poder Público em custear o tratamento do paciente.

Segue interessante trecho do voto do Min. Marco Aurélio:

Cumpramos ressaltar que o mínimo existencial dos membros da família, ainda que presentes os deveres de solidariedade familiar, deve ser respeitado. Ou seja, a obrigação destes, precedente à do Estado, vai até onde subsistir a capacidade financeira para custeio de direitos básicos – saúde, educação, alimentação, moradia – de si mesmos e de eventuais membros mais próximos da mesma família.

Na sequência, após o voto do Relator, o Min. Roberto Barroso lançou suas razões e, em grande medida, reverenciou as decisões políticas anteriores. Inicialmente, afirmou que “não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”, assim como reconheceu que “nenhum país do mundo oferece todo o tipo de medicamento e todo o tipo de tratamento a todas as pessoas”. Outra advertência preambular que se mostra pertinente repetir é que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde”. Em relação a essas afirmações, oferecemos algumas indagações e propusemos respostas em nossa dissertação, oportunidade em que buscamos qualificar o conteúdo e alcance da saúde como direito, envolvendo necessariamente as políticas públicas (*policies*) (Oshiro, 2017).

É possível perceber em diversas passagens de seu voto que o Min. Roberto Barroso presta reverência ao paradigma originário representado pela STA nº 175, deixando manifesto que dele procurou não desbordar. Ao fazer uma distinção entre duas modalidades de judicialização da saúde – divisão entre pedidos de medicamentos já incorporados e não incorporados ao SUS –, observou que a primeira modalidade fora devidamente apreciada no precedente, constituindo-se a sua dispensação em “direito subjetivo público”.

Quanto à segunda modalidade, ao recordar-se da STA nº 175, afirmou que o direito à saúde inscrito no texto constitucional não confere direito inoponível a todo e qualquer procedimento independentemente de uma política pública. Com essa menção, nesse caso, o Ministro desejou aperfeiçoar o entendimento da Corte e propôs condições que pudessem justificar o excepcional deferimento de medicamentos não incorporados ao SUS mediante políticas públicas. Para tanto, sugeriu cinco requisitos, além de um parâmetro procedimental.

Para os objetivos da nossa reflexão neste trabalho, interessa-nos somente o primeiro requisito trazido como fundamental para as controvérsias judiciais: “a incapacidade financeira

de arcar com o custo correspondente”¹⁴. Sob esse aspecto, o Min. Barroso claramente divergiu da posição do Min. Marco Aurélio, o qual entendia que a incapacidade financeira a ser comprovada deveria abranger necessariamente o espectro da solidariedade familiar.

A despeito dessa discordância sobre o grau de abrangência da incapacidade econômica que faria surgir a obrigação do Poder Público, praticamente ecoa uma única voz no campo da Suprema Corte que a hipossuficiência é condição inafastável para a obtenção de provimento jurisdicional favorável em demandas de saúde pública, conforme o próprio Min. Barroso reforçou referindo-se a inúmeros julgados do STF.

Entretanto, afirmamos com profunda segurança que não há, no texto nem no contexto da Constituição, qualquer restrição referente à capacidade financeira dos interessados para o asseguramento do direito à saúde como dever do Estado. Então, como contornar essa evidente distância entre o que o STF vem reiteradamente afirmando e as linhas escritas no mandamento constitucional? Sabemos que a Suprema Corte nunca sequer tentou explicitar o seu distanciamento do art. 196 da CF, que indubitavelmente indicou a universalidade e a igualdade como princípios da saúde como direito.

É nesse ambiente que o Min. Barroso tentou, pela primeira vez, trazer uma justificação do distanciamento da Corte com o texto constitucional no que diz respeito ao requisito da hipossuficiência. De acordo com o seu argumento, as tecnologias cujo fornecimento for decorrente de deliberação judicial não seriam alcançadas pela universalidade, na medida em que o caráter universal somente abrangeria ações e serviços públicos de saúde originados de políticas públicas definidas no âmbito do SUS. Em palavras mais diretas, a universalidade tecida na Constituição seria uma decorrência estrita e necessária somente das políticas públicas devidamente constituídas; como o Poder Judiciário não detém capacidade institucional para constituir políticas públicas, eventuais provimentos jurisdicionais não podem ter incidência universal. Assim, para o Ministro, o requisito da hipossuficiência não frustraria o caminho da universalidade, antes o exaltaria. Discordamos frontalmente.

De toda maneira, conforme destacamos mais acima, após o pedido de vista do Min. Teori Zavascki, o julgamento foi retomado em março de 2020, momento em que votaram os outros Ministros da Suprema Corte, com destaque para o Min. Alexandre de Moraes, que formulou uma proposta de tese e, assim como o Min. Barroso, elencou a “comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio” como requisito para eventual

¹⁴ De acordo com o que afirmamos anteriormente, ao contrário do que restou assentado no Tema nº 500, do RE nº 657.718, em que o requisito da incapacidade financeira ficou subentendido, no RE nº 566.471 o Min. Barroso apontou-o expressamente em sua proposta de tese do Tema nº 006.

provimento jurisdicional. O Ministro não qualificou sua escolha por esse requisito¹⁵, porém argumentou que as deliberações judiciais têm a potencialidade de quebrar a universalidade pretendida pela Constituição quando atende poucos indivíduos em detrimento de milhões de pessoas, o que afeta o montante do orçamento destinado a políticas públicas de saúde.

A Min. Rosa Weber e o Min. Ricardo Lewandowski também escolheram a incapacidade financeira como requisito para o custeio de medicamentos não incorporados pelo SUS, com a diferença de que o Min. Lewandowski invocou a solidariedade familiar, à semelhança do que fez o Min. Marco Aurélio, e a Min. Rosa Weber não fez esta extensão, ficando mais alinhada ao que invocaram os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes¹⁶.

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, foi o último a proferir o seu voto, igualmente elegendo a incapacidade financeira do paciente como requisito basilar, afastando explicitamente a solidariedade familiar, sob o fundamento pragmático de ausência de segurança para delimitar critérios confiáveis por determinação judicial.

2.4 Recurso Extraordinário nº 1.165.959 (Tema nº 1161)

Outro precedente que compõe o romance é o Recurso Extraordinário nº 1.165.959, Relator Min. Marco Aurélio e redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes. Esse Extraordinário expressa mais um importante pronunciamento da Suprema Corte no que tange ao fenômeno da judicialização das políticas de saúde. A controvérsia jurisdicional orbitou ao redor do tema de fornecimento de medicamento que, muito embora sem registro na Anvisa, contava com autorização de importação pela mesma agência reguladora. Percebe-se uma certa confluência com o RE nº 657.718, redator para acórdão o Min. Barroso, já sucintamente mencionado neste trabalho, com a diferença de que, neste último, o medicamento postulado em juízo não conta nem mesmo com qualquer autorização para o ingresso no país.

¹⁵ Conforme demos ênfase anteriormente, o argumento com o qual aqui se trabalha é o que está disponível no canal oficial do STF no *YouTube*, com as limitações inerentes a esse tipo de fonte, porquanto não foi possível obter o teor escrito do voto do Min. Alexandre de Moraes.

¹⁶ As argumentações dos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski aqui aduzidas foram extraídas unicamente da sessão disponibilizada no canal oficial do STF no *YouTube*.

Como se disse, o RE nº 1.165.959, transitado em julgado em 1 de abril de 2022¹⁷, discutiu a controvérsia sobre o custeio pelo Poder Público de produto derivado da *Cannabis sativa* não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), porém com autorização de sua importação pela mesma agência. Em decorrência do julgamento, foi fixada a tese para o Tema nº 1161:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, **desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente**, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2021, grifo nosso).

Uma vez mais, a ausência de capacidade econômica foi escolhida como requisito para o provimento jurisdicional favorável. No decorrer da fundamentação do voto condutor do Min. Alexandre de Moraes, foram rememoradas as discussões havidas em outros momentos no STF, sobretudo nos RE nº 657.718 (Tema nº 500) e nº 566.471 (Tema nº 006), sendo que a incapacidade financeira dos interessados foi classificada como “premissa consensual” ao redor do fenômeno, invocando-a novamente para a determinação do entendimento da Corte na análise do RE nº 1.165.959. Os Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski votaram de acordo com a formulação do Min. Alexandre de Moraes.

Oportuno regressar o foco momentaneamente para o âmbito do RE nº 657.718, porquanto o Min. Dias Toffoli recordou, durante as discussões do RE nº 1.165.959, a sua manifestação naquele Extraordinário. A certa altura, invocou os princípios da liberdade e da autodeterminação para fundamentar a possibilidade de que o paciente possa conseguir, por meios próprios, fazer a importação direta de produto, inclusive medicamentos, mesmo sem o registro da Anvisa. De acordo com o que fez constar, o Ministro trouxe a disciplina normatizada pela RDC Anvisa nº 28/2011, por meio da qual a agência dispensou a autorização formal da autoridade sanitária para a importação de produtos diretamente por pessoa física, desde que se destinem a uso próprio e observadas outras condicionantes, como a prescrição por receita médica.

Dessa disciplina, argumenta o Ministro, se percebe “a valorização da liberdade e da autodeterminação ao se permitir que o próprio usuário importe – ou traga consigo de viagem

¹⁷ Acompanhamento processual disponível no link <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5559067>, acessado em 20/2/ 2024.

ao exterior – produto, inclusive medicamento, sem registro na ANVISA”. Sem embargo da reflexão, o mesmo Ministro reconhece que se trata de possibilidade de aplicação com considerável nível de desigualdade na prática, porque a importação direta “requer disponibilidade financeira do próprio paciente – e é de fácil constatação que o custo elevado dos medicamentos é proibitivo para a maior parte de seus potenciais usuários”.

Certo é que o Min. Dias Toffoli não utilizou tal argumento para concluir que, ausente a capacidade financeira, estariam diminuídas a liberdade e a autodeterminação de profuso número de pessoas, o que faria nascer daí o dever de custeio pelo Estado. Segundo nos parece, o argumento que poderia advir desses parênteses abertos pelo Min. Dias Toffoli seria no sentido de que, se viesse a surgir uma obrigação pública nesse sentido, o Poder Público proporcionaria uma certa igualdade ao conferir grau de liberdade e autodeterminação semelhantes entre aqueles que não pudessem usufruí-las por si mesmos diante da inexistência de recursos próprios para o custeio. A nosso juízo, seria a invocação de uma circularidade inútil e ilógica.

Com todo efeito, a normatização relembra admite que o paciente com condições financeiras exerça um determinado grau de liberdade, mas esse exercício não impõe uma contrapartida ao Estado em benefício daqueles que não possuem as condições semelhantes para exercer o mesmo grau de liberdade. A permissão de um lado não estabelece automaticamente uma obrigação de outro, na medida em que a ausência de dever do Estado, nesse caso, não implica em cerceamento da liberdade: uma pessoa não pode ser considerada menos livre nesse contexto. Iremos desenvolver esse argumento mais a frente, porém devemos adiantar que a obrigação política somente se sustenta diante da responsabilidade de tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito e, no caso, esta condição não está satisfeita para fazer surgir a mencionada obrigação política (Dworkin, 2012, p. 330).

2.5 Embargo de Declarações no Recurso Extraordinário nº 855.178 (Tema nº 793) e Recurso Extraordinário nº 1.366.243 (Tema nº 1234)

Até aqui, citamos quatro julgamentos que compõem a teia decisória que o STF vem tecendo sobre o fenômeno da judicialização da saúde. Sob a nossa perspectiva, dois outros Recursos Extraordinários ostentam o caráter de complementar essa teia até esta quadra da história, que são o RE nº 855.178 ED (Tema nº 793) e RE nº 1.366.243 (Tema nº 1234). Em

grande medida, nossa seleção coincide com a de outros autores, como Lenir Santos¹⁸ (2021), para quem as teses firmadas pelo STF “contribuem para a melhor compreensão do pensamento jurídico da Corte Superior sobre o direito à saúde”, além de construir uma possibilidade de “uniformizar a jurisprudência sobre determinados aspectos”.

O RE nº 1.366.243 (Tema nº 1234), Relator Min. Gilmar Mendes, autuado em janeiro de 2022¹⁹, ainda está em seus trâmites iniciais e discute questão relacionada à competência nas demandas que versam sobre pedidos de fornecimentos de medicamentos registrados na Anvisa, porém não incorporados ao SUS. A principal controvérsia do Extraordinário se localiza, sobretudo, na discussão do aspecto da solidariedade entre os entes federativos, o que compreenderá certamente a definição dinâmica da competência e do ressarcimento entre eles. Conforme se percebe, a discussão está estruturada sobre a repartição de responsabilidades no SUS, devendo influenciar na identificação de possíveis regimes jurídicos de ressarcimento e agilização no cumprimento das decisões judiciais atinentes à matéria, irradiando repercussão tanto no aspecto do conflito de competências, quanto na multiplicação de recursos por parte dos entes federativos em razão das inconformidades com as extensões decididas.

O RE nº 855.178 ED (Tema nº 793), redator para acórdão Min. Edson Fachin²⁰, está intimamente conectado ao RE nº 1.366.243. Transitado em julgado em 13 de maio de 2020²¹, para o Tema nº 793 foi fixada a tese de que os entes federativos são solidariamente responsáveis em relação às demandas envolvendo ações e serviços públicos de saúde, cabendo, porém, à autoridade judicial direcionar qual ente deverá cumprir o *decisum* conforme o regime de repartição de competência e, ainda, determinar o ressarcimento conforme essas mesmas regras. O Tema nº 793 em sua literalidade assume o seguinte teor:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras

¹⁸ A autora expôs praticamente os mesmos julgados que selecionamos para o presente trabalho. Assim como fizemos, Santos realçou as discussões que ocorreram no âmbito da STA nº 175, RE nº 657.718, RE nº 566.471, RE nº 1.165.959 e RE nº 855.178. Mais a frente, ainda nesta seção, também analisaremos o RE nº 581.488, que de idêntica maneira foi objeto de atenção por parte da autora. A única diferença diz respeito ao RE 1.366.243 que abordamos e cuja ausência do texto da autora é facilmente explicada em razão do tempo, pois a autuação da demanda judicial se deu após a publicação do seu ensaio.

¹⁹ Acompanhamento processual disponível no link <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6335939>, acessado em 1/2/2024.

²⁰ Inicialmente, a relatoria coube ao Min. Luiz Fux.

²¹ Cf. andamento processual, disponível no link <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>, acesso em 2/2/2024.

de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Muito embora aparentemente a questão da competência tivesse sido resolvida com o desfecho do RE nº 855.178, foi percebido posteriormente pelo RE nº 1.366.243 que Recursos Extraordinários se multiplicavam ante a dúvidas da extensão dos efeitos do Tema nº 793, resultando inexitosa a sua concretização. Conforme notou o Min. Gilmar Mendes, interpretações colidentes do Tema nº 793 levaram a inúmeros conflitos de competência, bem como “evidenciaram as deficiências estruturais não apenas do Poder Executivo de cada instância, mas também do próprio Sistema de Justiça”. Casos específicos apontados no julgado ilustram que magistrados de todo o Brasil passaram a divergir quanto à interpretação do Tema sobredito, causando distensão na fixação da competência, especialmente quando o litígio envolvesse tecnologias devidamente registradas na Anvisa, porém não incorporadas pelas políticas públicas²².

Assim, voltando à discussão do RE nº 1.366.243, apesar de a controvérsia que gira ao redor do Tema nº 1234 estar devidamente delimitada – demandas que envolvem fornecimento de medicamentos registrados na Anvisa, mas não incorporados ao SUS –, observou-se que o Relator promoveu uma inequívoca expansão do impasse judicial, o que evidenciou uma pretensão muito mais abrangente. Com efeito, na decisão que determinou a suspensão do trâmite de todos os recursos extraordinários e especiais que versam sobre o Tema até o seu julgamento definitivo, o Min. Gilmar Mendes expressou a seguinte ambição²³:

É importante recordar que não estamos a falar aqui em simples interpretação de normas jurídicas ou distribuição de competências judiciais. Há uma política pública a ser aperfeiçoada, **em processo que se mostre verdadeiramente estruturante**.

Nessa linha, o enfrentamento adequado do tema **impõe abordagem que contemple todo o processo** de prestação de ações e serviços de saúde pelo Estado brasileiro, **desde o custeio até a compensação financeira entre os entes federativos, abrangendo os medicamentos padronizados e os não incorporados pelo Sistema Único de Saúde**.

Não basta afirmar quem é responsável pela entrega do medicamento e deve compor o polo passivo em ação judicial, mostra-se imprescindível aprofundar o conceito constitucional de solidariedade, municiando a Federação dos mecanismos, protocolos e fluxogramas necessários para assegurar o acesso

²² Pelo Tema nº 500, RE nº 657.718, há clareza de que demandas que versem sobre tecnologias *sem* registro na Anvisa têm a União necessariamente como legitimado passivo. Portanto, com o ônus da redundância, a controvérsia sobre a competência persiste nas situações restritas em que a tecnologia está devidamente registrada na Anvisa, mas não há sua incorporação pelas políticas públicas, que é justamente o objeto da discussão do Tema nº 1234.

²³ Conforme despacho extraído no portal do STF no link <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6335939>, acessado em 21/2/2024.

efetivo da população a direito fundamental, sem desequilíbrio financeiro e desprogramação orçamentária (grifo nosso).

Como decorrência dessa ambição que ultrapassa os limites da controvérsia do Tema nº 1234, o Min. Gilmar Mendes expediu despacho²⁴ determinando a criação de uma Comissão Especial, de caráter autocompositivo, com a participação de representantes de todos os entes federativos, além de observadores do Poder Legislativo e de diversos órgãos e entidades, como Ministério Público, Poder Judiciário e entidades de classe relacionadas à temática da saúde. Todavia, percebe-se a ausência de entidades representativas de usuários do sistema. De qualquer maneira, cabe à Comissão, conforme desenho apresentado pelo Relator, levar sugestões sobre problemas bastante ampliados que envolvam (1) responsabilidades, custeio e ressarcimento no âmbito do SUS, sejam medicamentos incorporados ou não; (2) métodos extrajudiciais de solução de conflitos; (3) monitoramento dos usuários do SUS que ingressam em juízo; e (4) quaisquer outros temas originados durante os trabalhos da Comissão.

Percebe-se que os objetivos específicos da Comissão Especial criada no âmbito do RE nº 1.366.243 não contemplam a eventual discussão sobre o requisito da capacidade financeira dos interessados que demandam em juízo, mesmo levando em relevo a ampliação do problema suscitado pelo Tema nº 1234. Dessa maneira, podemos acreditar que a Comissão Especial não se debruçará, realmente, sobre a hipossuficiência como condição para obter um pronunciamento favorável.

Nesse aspecto, novamente demonstram estar entrelaçados os dois últimos Recursos Extraordinários, porquanto o RE nº 855.178 ED igualmente não teve qualquer pretensão de abordar conflito interpretativo quanto a critérios ou requisitos para o acesso à jurisdição no que toca ao fenômeno da judicialização da saúde. Nada obstante a despretensão, aflora curioso nesse julgado que a hipossuficiência emerge com uma naturalidade que nos assusta. Segue um recorte da ementa:

[...]

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado **aos necessitados** se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente ((Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020, grifo nosso).

Apesar de em nenhum momento se discutir nesse julgado sobre se a hipossuficiência é ou não elemento a ser colocado em relevo para o fornecimento de

²⁴ Despacho de 21 de setembro de 2023, extraído no portal do STF no link <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6335939>, acessado em 21/2/2024.

medicamentos, a ementa do acórdão reverbera que o tratamento médico, quando abranger os “necessitados”, passa a se constituir como dever do Estado. Essa afirmação flui com muita naturalidade para a Corte Suprema, o que nos abre uma profunda margem interpretativa de que há palavras não ditas traduzindo um grau de indiferença que espanta: afinal, aos que não cabem na etiqueta de “necessitados”, o Estado se demite de seus deveres?

2.6 Síntese Provisória

Em suma, o guia jurisprudencial do STF é composto pela STA nº 175, que denominamos como paradigma originário; RE 657.718 (Tema nº 500), que apreciou casos de pedidos relacionados a medicamentos não registrados na Anvisa; RE nº 566.471 (Tema nº 006), que analisa questões relativas a medicamentos registrados na Anvisa, porém não encampados por políticas públicas de saúde, ficando mais conhecido pelo litígio sobre medicamentos de “alto custo”; RE n 1.165.959 (Tema nº 1161), cuja controvérsia girou em torno de produtos que, apesar de não registrados na Anvisa, tinham importação autorizada pela mesma agência. Em comum, após o paradigma originário que teve a virtude de estabelecer alguns parâmetros objetivamente seguros, todos os casos afirmam de maneira quase abstrata que as políticas públicas de saúde devem ser observadas e sempre devem prevalecer como regra geral. No entanto, é igualmente comum que em todos os casos a Corte Suprema anseie por ilustrar critérios que possam proporcionar condições excepcionais a fim de admitir a dispensação de tecnologias circulantes fora das políticas públicas. Por fim, à exceção do paradigma originário, novamente todos os casos comungam com a ideia de que a capacidade financeira dos interessados é requisito inafastável para a tutela jurisdicional favorável. Assim, notamos que essa teia decisória que selecionamos guarda coesão em extensão e em profundidade.

Ainda, citamos outros dois julgamentos que complementam a teia relacionada às definições do fenômeno da judicialização da saúde, porém com repercussão do ponto de vista processual, com a delimitação da competência e consequências sobre o regime de ressarcimento entre os entes federativos. O RE nº 855.178 ED (Tema nº 793) e o RE nº 1.366.243 (Tema nº 1234), em resumo superficial, buscam consenso quanto ao sentido da solidariedade entre as unidades federativas e, por consequência, quanto à competência para apreciar os pedidos em juízo. No entanto, como ambos os casos não dedicam um olhar sobre as condições financeiras dos pacientes, esses mesmos Extraordinários ficarão de fora da nossa atenção.

2.7 Recurso Extraordinário nº 581.488 (Tema nº 579)

Nada obstante o guia que acabamos de ilustrar, há outro precedente profundamente importante para o desenvolvimento de nossa tese: o Recurso Extraordinário nº 581.488 (Tema nº 579), Relator Min. Dias Toffoli. Contudo, nossa reflexão momentânea é que o RE nº 581.488 não faz parte da mesma tessitura jurisprudencial da teia analisada anteriormente.

Transitado em julgado em 1º de setembro de 2016, o Extraordinário chegou a conclusões fundamentais para a melhor compreensão constitucional do Sistema Único de Saúde, que também foi derivado de uma Audiência Pública²⁵, realizada em 26 de maio de 2014. O RE nº 581.488 discutiu a constitucionalidade da prática conhecida como “diferença de classes”, defendida pela classe médica²⁶, no âmbito dos serviços prestados no SUS e que propugnava a possibilidade de internação em leitos de acomodação superior, atendimento por profissional médico da confiança do paciente, assim como para não se submeter à regulação sanitária (a chamada “triagem”) pelo sistema público, tudo mediante pagamento em pecúnia da diferença.

O Min. Dias Toffoli, baseando-se profundamente nas contribuições extraídas do diálogo interdisciplinar, recordou em seu voto sobre as origens pré-constitucionais do tratamento jurídico da assistência à saúde no Brasil até chegar ao texto constitucional de 1988, evocando a evolução no trato normativo e social que representou o Sistema Único de Saúde. Como consequência, conferiu ênfase aos princípios constitucionais da universalidade, integralidade e equidade, vaticinando, naquela oportunidade, que o “tratamento igualitário é uma regra que não comporta exceções” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2016) e, apoiando-se em lições doutrinárias, afirmou que o extrato socioeconômico não deve ser fator a veicular uma condição para o atendimento.

Muito embora tenha sido um raciocínio utilizado para reforçar sua posição, e apesar de caracterizar-se como um argumento de ordem prática e hipotética, o Min. Dias Toffoli

²⁵ A Audiência Pública nº 16, em conjunto com a já citada Audiência Pública nº 4, a qual ocorreu no âmbito da STA nº 175, foram as únicas no âmbito do STF que tiveram por objetivo a discussão dialogada sobre o Sistema Único de Saúde, admitindo a penetração de argumentos interdisciplinares que enriquecem a atmosfera do conhecimento. Não por acaso, parece-nos que foram duas das deliberações mais importantes da Suprema Corte, o que permitiu a fixação de bases sólidas para decisões subsequentes.

²⁶ Nossa generalização é derivada do fato de que o Recurso Extraordinário teve como parte recorrente o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS). Ademais, a diferença de classe foi também defendida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) durante a Audiência Pública nº 16, cujo representante era o mesmo do CREMERS.

imaginou que, uma vez autorizada a implantação da “diferença de classes”, não seria remota a possibilidade de que, “em caso de escassez de vagas, a disponibilidade para pagamento da diferença seja adotada como fator determinante na escolha daquele que será atendido”. Diante dessa circunstância imaginada, em tons críticos o Ministro elucubrou:

As chances de os hospitais priorizarem a assistência segundo critérios que não guardam qualquer correlação com o perigo à saúde do paciente são, instituída a diferença de classe, nada desprezíveis (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Tanto sob um conteúdo ético, quanto sob aspecto moral, e mais forçosamente dentro de um sistema de saúde universal e igualitário, os fatores que se constituem e se qualificam como determinantes para a assistência à saúde devem ser as condições clínicas e não as condições socioeconômicas. Esse exercício hipotético que serviu de argumento para o Min. Dias Toffoli também poderá nos ser útil no desenvolvimento da tese.

No âmbito do RE nº 581.488, é ainda interessante resgatar a reflexão que o Min. Fachin expressa em seu voto, para quem, apesar de se referir à escolha de leitos e seleção de médicos, no campo de atuação do SUS é “de todo impossível que diretrizes meramente econômicas, estranhas às finalidades desse sistema público, possam ser definidoras da atenção a ser dispensada à coletividade de usuários” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Da mesma forma, a Min. Cármen Lúcia repele fortemente o tratamento desigual no SUS em razão de aspectos financeiros. Em seu voto, a Ministra argumenta que “aceitar a capacidade econômica do paciente como ‘discrímen’ no Sistema Único de Saúde [...] representa inegável violação ao princípio da igualdade, e nenhum dispositivo constitucional [...] dá sustentação à pretensão do Recorrente” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Alfim, por unanimidade²⁷, foi aprovada a tese proposta pelo Ministro Relator ao Tema nº 579:

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado, por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2016).

A extensão e profundidade do que restou decidido no RE nº 581.488 representa a interpretação da Constituição Federal em sua melhor luz no que se relaciona ao espectro de abrangência do Sistema Único de Saúde. Por meio do precedente, a Suprema Corte definiu que o SUS tem como características fundamentais a universalidade e a igualdade de tratamento, de

²⁷ Ausentes apenas os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso, justificadamente.

maneira que a Carta Magna não admite, nem mesmo tolera, tratamento diferenciado levando em consideração apenas as circunstâncias econômicas ligadas à riqueza.

Entretanto, o que nos traz inquietude afinal é, se no campo da discussão de acesso ao SUS no RE nº 581.488 foi decidido que a capacidade financeira não deve ser agente decisivo, nem mesmo preponderante, por que razão esse elemento econômico deve ter tanto relevo e ser alçado a requisito indisputável nos outros precedentes? Por que o STF tem tanta clareza que não deve admitir o pagamento da diferença para quem deseja obter uma melhor acomodação, contando com tamanha certeza que o critério econômico é um caminho inconstitucional? Por que enxerga sem qualquer dificuldade que a situação socioeconômica não deve preponderar sobre condições clínicas para a internação? Porém, elege como exigência inquestionável que o paciente, para pleitear medicamentos em juízo, não tenha capacidade financeira, colocando em lugar de destaque o mesmo critério econômico antes deixado à margem? Quais argumentos de princípio justificariam conclusões tão antagônicas?

Uma possível resposta seria a de que, em ambas as situações, o STF tem compromisso com os “mais carentes”, os “mais necessitados”, e esta seria a razão escondida por trás. No caso da “diferença de classe”, se os mais abastados pudessem pagar pela acomodação superior e pela escolha potestativa de profissional de saúde, acarretaria em um tratamento desigual que poderia levar ao comprometimento do sistema e a marginalização do acesso a internações por pessoas mais pobres. Ao proibir que a situação socioeconômica possa ser critério de tratamento desigual, a Suprema Corte tornaria preponderante o interesse dos “mais carentes”. Já nas situações de judicialização de medicamentos, tratamentos etc., quem possui condições financeiras para arcar com seu tratamento poderia satisfazer-se por seus próprios meios, resultando em ausência de legitimidade para pleitear a satisfação de seu interesse por meio do Judiciário, o que privilegiaria os “mais necessitados”.

Se estas forem de fato as justificativas de fundo, em ambos os casos o fundamento do STF torna-se meramente pragmático: como os recursos são escassos, o argumento mais atraente seria o de que o Estado deve prover apenas o mínimo existencial àqueles que nada têm e, com esse cálculo, poderiam produzir um futuro melhor para a comunidade.

De toda sorte, independente da resposta a que se possa chegar, realmente fica evidente que o RE nº 581.488 não faz parte da mesma tessitura jurisprudencial dos primeiros casos que selecionamos²⁸, especialmente por conta de três características: ao contrário do RE

²⁸ Para efeito de síntese nesse momento, faremos um óbvio recorte sobre a teia decisória, na medida em que a STA nº 175, que confessadamente buscou criar parâmetros para decisões posteriores, não possui as mesmas características que destacamos no texto relacionadas aos outros julgamentos.

nº 581.488, que discutiu os contornos das políticas públicas de atendimento e acesso a internações, os demais julgados não discutiram as políticas públicas propriamente ditas, mas, reconhecendo-as, tiveram a pretensão de ajustar critérios ou criar requisitos para que casos excepcionais pudessem ser contemplados fora delas; enquanto os outros casos discutiram o surgimento de obrigações políticas a partir das exceções, isto é, uma espécie de acesso excepcional ao SUS, o RE nº 581.488 estabeleceu obrigações políticas a partir de regras originadas de princípios constitucionais, ou seja, o acesso realmente universal; por fim, o RE nº 581.488 foi peremptório ao estabelecer que a situação socioeconômica do paciente é irrelevante para fins de acesso ao sistema, ao passo que os outros julgados, profundamente divergentes, se utilizam de critérios socioeconômicos para definir que somente os “mais carentes” são partes legítimas a obterem a tutela jurisdicional favorável.

Em conclusão, o RE nº 581.488 definiu a maneira pela qual os princípios constitucionais da universalidade e da igualdade garantem o acesso ao SUS, tornando inadmitida, em razão de sua inconstitucionalidade, a chamada “diferença de classe” no sistema, a qual visava a permitir escolhas de médicos de preferência e níveis de conforto de leitos, assim como não passar pela regulação sanitária (“triagem”), tudo isso mediante pagamento da diferença, com a prevalência do aspecto financeiro.

Do que expusemos até o momento, observamos que, caso fosse exato o presságio do Min. Dias Toffoli no RE nº 581.488, ao afirmar que no âmbito do SUS o “tratamento igualitário é uma regra que não comporta exceções”, a teia decisória não apresentaria divergências com este último Extraordinário. Contudo, o presságio, ao menos por ora, vem se demonstrando distante de sua concretização. Expressões largamente utilizadas pela Suprema Corte como “pessoas carentes”, “necessitados”, “hipossuficiência”, “mínimo existencial”, “vulnerabilidade”, “incapacidade financeira” são imposturas constitucionais não contempladas nos princípios que fundamentam o SUS.

Diante do que classificamos como imposturas, procuraremos trazer maiores elementos que possam nos dar suporte a isso nos próximos capítulos.

3 DIREITO À SAÚDE COMO INTEGRIDADE

Consoante expusemos no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente, até de uma maneira que nos surpreende pela aparente naturalidade, vem decidindo que a hipossuficiência financeira é requisito insuperável para os provimentos judiciais favoráveis em demandas envolvendo ações e serviços públicos de saúde.

Nossa surpresa e estranhamento pela naturalidade como o STF se posiciona se apresentam em razão de duas situações. A primeira pode ser extraída diretamente do texto constitucional, porquanto não há no contexto da nossa Constituição Federal qualquer sinalização de que as ações e serviços públicos de saúde devem se restringir às pessoas desamparadas, sem capacidades financeiras, hipossuficientes. Muito ao contrário, não se percebe qualquer abertura textual que se permita substancialmente propugnar uma interpretação que possa acolher a restrição à universalidade.

Nosso segundo motivo é extraído especialmente da fundamentação empenhada pelo Min. Roberto Barroso durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471, ocasião em que procurou, de maneira inédita, decantar as razões pelas quais a hipossuficiência seria um requisito legítimo para condicionar uma pretensão juridicamente protegida em juízo. Nesse Extraordinário, o Min. Barroso buscou uma postura diferente das outras manifestações do Poder Judiciário, as quais singelamente apenas declaram em um espaço praticamente invadido por uma suposta concertação que a incapacidade financeira deve ser um requisito intransponível e, por isso, muito embora inexistente a restrição constitucional, não se apresentam fundamentações para esse afastamento insolente do texto da Constituição. Na verdade, percebemos que nesse imaginado consenso há um evidente contrassenso.

Assim, ao contrário do que o Poder Judiciário vem fazendo como hábito, o Min. Barroso procurou suscitar razões para expor os porquês de o STF afastar-se de posição expressa da Carta Magna e o fez nestes termos²⁹:

Muito embora o SUS tenha caráter universal, a universalidade apenas pode alcançar aqueles medicamentos incluídos na política pública de saúde definida pelo gestor do SUS, jamais aqueles cujo fornecimento depende de uma determinação judicial. Nesse sentido, a limitação da distribuição gratuita de fármacos via Poder Judiciário àqueles requerentes que forem comprovadamente hipossuficientes, longe de frustrar a universalidade, confere efetividade à exigência de solidariedade social e permite a redução do impacto da judicialização de saúde na organização do sistema de saúde.

²⁹ O excerto, como afirmamos anteriormente, foi retirado do voto do Min. Barroso disponibilizado no link <https://www.migalhas.com.br/quentes/246451/stf--julgamento-sobre-dever-de-estado-fornecer-remedios-de-alto-custo-e-sem-registro-e-suspenso>, acessado em 20/08/2023.

Do excerto, ainda que em breve fundamentação, conclui-se que o Ministro promoveu a seguinte divisão: para a Constituição, as ações e serviços públicos de saúde universais seriam uma característica peculiar das políticas devidamente constituídas no âmbito do SUS. Portanto, a universalidade assume compromisso somente perante as políticas (*policies*). Para o Ministro, não há universalidade vagando fora das políticas públicas. Desta crença, consequentemente, o Ministro chega à conclusão de que a universalidade não está nas escrituras das deliberações do Poder Judiciário e ações e serviços públicos de saúde prestados como consequência de decisões judiciais não podem se revestir como se fossem mandamentos universais.

A posição do Min. Roberto Barroso inevitavelmente nos faz recordar dos clássicos *Comentários* de Néelson Hungria à rigidez da legalidade penal. “Não há direito penal vagando fora da lei escrita” (Hungria, 1958, p. 13). Apesar do lugar-comum de se afirmar que não existem direitos absolutos, em matéria de legalidade penal podemos assegurar que estamos diante de um direito absoluto, afinal, não há qualquer princípio, em um Estado Democrático de Direito, que possa ser submetido ao balanceamento de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. “A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial” (Hungria, 1958, p. 13). Estaria a Suprema Corte também caminhando para entender que a universalidade está para as políticas públicas, assim como o direito penal está para a lei? A universalidade deve contar com a mesma rigidez absoluta? Se a resposta for positiva, chega-se ao oxímoro: a universalidade é fechada.

Convém sublinhar que o Min. Barroso trouxe a mesma fundamentação na apreciação do Recurso Extraordinário nº 657.718, porém não o fez constar expressamente na redação da tese.

Diante da divisão proposta pelo Ministro, percebemos que o halo a iluminar o campo dos efeitos pode se manifestar expansivo à universalidade ou constricto à hipossuficiência. Concebida desta maneira, caso seja originada de políticas públicas, a saúde se irradia como direito universal, mas caso seja consequência de pronunciamentos judiciais, a saúde se manifesta como direito de modo contraído apenas a quem não dispõe de capacidade financeira. Portanto, o direito à saúde ostentará dupla natureza a depender de sua origem.

Em linhas gerais, podemos extrair alguns questionamentos que devem nos guiar nesse debate. De fato, no que tangencia à saúde como direito, há uma correção constitucional de reconhecê-la como direito fundamental sob dois fundamentos, tratando-a com distinção a

depender de ser garantida por intermédio da via judicial ou prestada como decorrente de arranjos das políticas públicas? O reconhecimento de direitos fundamentais pode ser legitimamente dependente do reconhecimento da hipossuficiência? A jurisprudência está reconhecendo que a riqueza é um componente de valor? O argumento da hipossuficiência reverencia o princípio da igual consideração e respeito? A capacidade financeira é um argumento de princípio? A integridade do projeto social do SUS se sustenta em face dessa inclinação?

3.1 Legitimidade

Para a construção das respostas aos questionamentos realizados acima, parece-nos razoável iniciar pelos contornos da legitimidade, afinal, para justificar o poder coercitivo do Estado se faz necessário desenvolver argumentos sob os quais as pessoas se sintam atraídas não apenas pelos direitos que reivindicam, mas sobretudo por suas obrigações. “Um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres” (Dworkin, 2014, p. 232).

A busca pela legitimidade é a busca pela autoridade moral e a concepção do direito como integridade evidencia, a nosso sentir, a melhor justificação. A integridade não é apenas a coerência sob um título mais grandioso, mas um permanente esforço cuja exigência é uma coerência mais profunda a fim de reposicionar o direito como elemento central de uma comunidade política. A ambição da integridade é fazer com que a comunidade possa retomar a confiança no direito, emergindo legitimidade. Para tanto, a exigência é a de que um governo legítimo seja reverente aos princípios que subjazem às decisões políticas como um todo, unificando a voz e a visão como a expressão de um conjunto único, coerente e consistente (Dworkin, 2014).

Deve ser percebido e enfatizado que a fidelidade do governo legítimo não se restringe às manifestações mais ou menos explícitas sobre o que se acreditava ser o direito no passado, porquanto o seu compromisso é a fidelidade com os princípios subjacentes que conferem alavancas a tais decisões. Quando uma comunidade se associa tendo os princípios como força centrípeta, ela passa a difundir os próprios princípios, distintos dos de seus cidadãos e autoridades. “A integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado” (Dworkin, 2014, p. 204). Discorreremos sobre esse aspecto em nossa

dissertação, por meio da qual tivemos a oportunidade de defender e concordar com esse tipo de raciocínio, afastando a alegação de tratar-se meramente de uma metafísica ruim.

Nesse contexto, influenciados pela sofisticação dos argumentos de Dworkin, concluímos que a comunidade possui obrigações especiais cuja gênese se apresenta em um momento anterior às responsabilidades das autoridades que agem em seu nome. Essas obrigações especiais, distintas da moral popular ou da maioria de seus cidadãos, admitem a compreensão de que a comunidade adota e é fiel a seus próprios princípios, o que somente se reconhece como expressões naturais da personificação séria do ente coletivo. Por sua maneira complexa de raciocinar, Dworkin nos permite comprovar que, por essa mesma personificação, o sucesso ou o fracasso das atuações do Estado lhes são atribuídos independentemente de se perquirir quem são as autoridades responsáveis pelo êxito ou derrota, assim como, diante de comportamentos perversos ou virtuosos, permite demonstrar sentimentos de ultraje ou orgulho (Oshiro, 2017).

O próprio Dworkin deu exemplos sobre comunidades políticas que assumem a vergonha por fatos ocorridos no passado, sem que, necessariamente, os indivíduos a elas pertencentes tenham contribuído de alguma maneira para os infortúnios. Lembrou-se o autor, por exemplo, do escândalo Watergate para os Estados Unidos e do governo nazista para os alemães (2014, p. 208-210).

Por outro lado, podemos também nos recordar de acontecimentos representativos de orgulho de toda uma comunidade. Em julho de 2012, durante a cerimônia de abertura das Olimpíadas de Londres, três letras gigantescas surgiram no meio do Estádio Olímpico: NHS (*National Health Service*), o sistema de saúde do Reino Unido, fonte inspiradora do nosso SUS. Por mais de quatro minutos, logo em seguida à entrada da Rainha Elizabeth II no Estádio Olímpico, o NHS foi homenageado e exaltado para o mundo. Fundado no ano de 1948 em um mundo traumatizado pela II Grande Guerra, o NHS foi se consolidando entre a comunidade britânica, sobretudo por se apresentar como sistema universal, gratuito e financiado por toda a sociedade por intermédio da tributação.

Esse orgulho pode ser por nós ilustrado mediante uma gloriosa representação do célebre físico Stephen Hawking em defesa do sistema de saúde britânico. “Não estaria aqui hoje se não fosse o NHS”, disse em 2009. “Recebi muitos tratamentos de alta qualidade sem os quais não teria sobrevivido”, afirmou ao diário britânico *The Guardian*³⁰. É curioso o contexto da

³⁰ Os trechos são derivados de tradução própria. O contexto e as declarações originais de Hawking podem ser extraídos dessa reportagem disponível no link <https://www.theguardian.com/society/2009/aug/13/stephen->

manifestação de Hawking porque suas declarações foram em resposta não a críticos do Reino Unido, mas a dos Estados Unidos que, na época, discutiam os termos da reforma do seu sistema de saúde, do chamado *ObamaCare*.

Quase 10 anos depois, em 2017, o professor Hawking mais uma vez expressou sua gratidão ao NHS e, ao mesmo tempo, empenhou-se para, em suas palavras, salvá-lo de uma crise profunda em razão de decisões políticas do então secretário de saúde do Partido Conservador, Jeremy Hunt. Ao final de seu artigo de opinião, Hawking enaltece:

O NHS foi fundado mesmo diante de uma oposição política. É o melhor serviço público britânico e um pilar da nossa sociedade, algo que nos une. As pessoas valorizam o NHS e sentimos orgulho porque tratamos todos de modo igualitário quando estão doentes. O NHS revela o que há de melhor em nós mesmos. Não podemos perdê-lo³¹.

Ainda na linha política, com 76 anos de sua fundação, o NHS tem sido apontado como um dos fatores decisivos que levaram o Partido Trabalhista a voltar ao poder no Reino Unido em 2024, após 14 anos de governo do Partido Conservador³². Com as divulgações do resultado das eleições, uma influente revista³³ publicou um editorial com reflexões sobre quais as expectativas que se pode ter para o NHS com a vitória do Partido Trabalhista, ressaltando que mais de 70% das pessoas acreditam que o NHS é “crucial para a sociedade britânica” e que “deve ser feito de tudo para mantê-lo”.

No Brasil, o Sistema Único de Saúde ainda trava suas batalhas para se consolidar. Porém, ainda assim, há muito o que se comemorar e, em especial durante a pandemia provocada pela doença causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2), a covid-19, o SUS foi decisivo para evitar um cenário ainda mais trágico do que se apresentou. Mesmo no início, diante da

hawking-nhs-twitter-welovethenhs, acessado em 10/07/2024, e desse artigo disponível no link <https://www.theguardian.com/politics/2009/aug/12/birthers-stephen-hawking-paul-rowen>, acessado em 10/07/2024. A defesa de Stephen Hawking ao NHS repercutiu fortemente, como no *The New York Times*, disponível no link <https://archive.nytimes.com/prescriptions.blogs.nytimes.com/2009/08/12/stephen-hawking-defends-care-in-the-uk/>, acessado em 10/07/2024).

³¹ Tradução própria. No original: “It was set up in the face of political opposition. It is Britain’s finest public service and a cornerstone of our society, something that binds us together. People value the NHS, and are proud that we treat everyone equally when they are sick. The NHS brings out the best in us. We cannot lose it”. O artigo está disponível no link <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/aug/18/nhs-scientist-stephen-hawking>, acesso em 10/07/2024.

³² Além da crise do NHS, com restrições orçamentárias que levaram a grandes filas de espera para tratamento, alguns analistas ainda imputam a crise econômica, a inflação e o *Brexit* como motivos do que seria o maior fracasso do Partido Conservador desde a sua fundação, em 1834. Nesse contexto, cf. <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2024/07/partido-conservador-do-reino-unido-amarga-maior-derrota-desde-sua-fundacao.shtml>; <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c51yd71yedwo>, acesso em 10/07/2024.

³³ O editorial está disponível no link <https://www.forbes.com/sites/joshuacohen/2024/07/07/what-labour-partys-victory-could-mean-for-britains-national-health-service/>, acessado em 10/07/2024.

indisponibilidade de medicamentos e vacinas específicas que pudessem promover a cura ou impedir a transmissão do coronavírus, o SUS promoveu o incentivo para a adoção de medidas não-farmacológicas (distanciamento social, etiqueta respiratória, utilização de máscaras, higienização das mãos etc.), ademais de reorganizar toda a rede de assistência, envolvendo desde unidades básicas de saúde aos leitos de UTI. Com todo o contexto político envolvido, mesmo com um Presidente da República que desacreditava as medidas preconizadas no meio científico mais abalizado, incluindo a OMS, ainda assim o SUS obteve sucesso, o que culminou com a chegada das vacinas e, finalmente, o controle da doença após mais de 2 anos³⁴.

Esses exemplos de personificação em atuação são bastante claros porque, antes mesmo de compreender quem são as autoridades que têm o dever de agir, a comunidade política anseia e espera uma maneira de atuação apropriada e segura. Tanto o NHS, quanto o SUS, são depositários da confiança da população em relação aos cuidados da saúde da comunidade. O sentimento de orgulho dos indivíduos é evidentemente mais profundo em relação ao NHS, conforme se verifica tanto pela homenagem feita nas Olimpíadas de Londres em 2012, quanto pelas declarações sóbrias de Stephen Hawking, não somente pelo cientista que foi, mas sobretudo pelas experiências que viveu dentro do sistema de saúde britânico. Esperamos ainda a mesma reverência ao SUS³⁵, pois é representativo de um processo civilizatório, por cuja criação houve lutas e conquistas, “uma multidão de homens e mulheres deram o melhor de suas vidas em termos de trabalho, afeto e mobilização, para conquistar corações e mentes de outros tantos” (Paim, 2009, p. 122).

³⁴ No Brasil, a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) foi declarada em 03 de fevereiro de 2020, por meio da Portaria GM/MS nº 188, e foi declarada encerrada em 22 de abril de 2022, mediante a Portaria GM/MS nº 913. Por sua vez, no plano internacional, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em 30 de janeiro de 2020 (de acordo com a informação divulgada no link <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>, acessado em 10/07/2024), caracterizando-a como pandemia em 11 de março de 2020 (conforme publicado no link <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>, acessado em 10/07/2024). Finalmente, somente em 05 de maio de 2023 a OMS declarou o fim da ESPII (consoante publicado no link <https://www.who.int/news-room/speeches/item/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing---5-may-2023>, acessado em 10/07/2024).

³⁵ Em alguma medida, o NHS pode estar sendo incentivado a se inspirar nas práticas do SUS. Reportagem da BBC, em cujo título parece representar o que afirmamos (“What the NHS is learning from Brazil”. Essa reportagem pode ser lida no link de acordo com a informação divulgada no link de acordo com a informação divulgada no link <https://www.bbc.com/news/health-65530272>, acessado em 10/07/2024), resgata a estratégia de agentes comunitários de saúde, que tem como finalidade estar presente nos bairros, evitando-se internações hospitalares. Em suas primeiras palavras, o novo Secretário de Saúde do Reino Unido pelo Partido Trabalhista, eleito em 2024, Wes Streeting, parece confirmar a tendência de uma atenção à saúde mais comunitária e anunciou a pretensão de resgatar a atenção primária com o “desvio de bilhões de libras dos hospitais para os médicos generalistas”. Streeting declarou: “I’m determined to make the NHS more of a neighbourhood health service, with more care available closer to people’s homes” (a reportagem está disponível no link <https://www.theguardian.com/society/article/2024/jul/08/wes-streeting-promises-to-divert-billions-to-gps-in-order-to-fix-front-door-of-nhs>, acessado em 10/07/2024).

Assim, quando alavancados pelos princípios que lhes são próprios, a comunidade se transforma em “uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva”. A comunidade política passa a ser considerada um agente moral não porque seja de fato uma entidade distinta, mas porque, apresentando moralidade política independente, “as práticas sociais e intelectuais que tratam a comunidade dessa maneira devem ser protegidas” (Dworkin, 2014, p. 228).

Diante desse contexto, irrompe o que para Dworkin é uma comunidade política genuína, na qual seus membros aceitam que são governados por princípios comuns. As pessoas que integram uma comunidade de princípios admitem que as decisões políticas, por si mesmas, não têm a potência de esgotar direitos e obrigações, os quais são dependentes de forma mais intensa de um “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam” (Dworkin, 2014, p. 255).

Em nossa realidade, a Constituição de 1988 enaltece a integridade e, como sempre enfatiza Carvalho Netto, a Constituição não constitui somente um texto, a Constituição constitui uma comunidade de princípios, com “leituras e releituras que se faz dessa comunidade sobre si mesma” (2020, p. 460). Portanto, a comunidade de princípios é a que melhor justifica a legitimidade, na medida em que os princípios são sempre, permanentemente, visitados e revisitados pela comunidade em si, legitimando a reivindicar a autoridade moral. Especialmente numa sociedade moralmente pluralista como a nossa, não há qualquer garantia de vedação ao retrocesso. “O direito não é só uma luta, mas é luta permanente, direito não tem curso único, tem uma vigilância permanente” (Carvalho Netto, 2020, p. 462).

Uma vez entendido que a integridade é a concepção que melhor justifica o poder coercitivo do direito, bem como compreendido que a comunidade política como um todo deve comportar-se conforme um sistema único de princípios, há de se entender que a integridade possui relação direta e imediata com o princípio da igual consideração e respeito. Classificada como a “norma fundamental de Dworkin” por Habermas (2020, p. 264), a igual consideração e respeito é a fonte mais abstrata dos direitos políticos, sem a qual não se origina autoridade moral para que um governo exerça um poder coercitivo (Dworkin, 2011, p. 330). Assim, nenhum governo é legítimo a menos que se comprometa com dois princípios predominantes: primeiro, igual consideração com o destino de todas as pessoas; e, segundo, o respeito completo pela responsabilidade pessoal representada pelas decisões de cada pessoa sobre o seu próprio destino (2011, p. 2-3).

Veremos posteriormente em detalhes durante todo o desenvolvimento desta tese que um determinado regime de propriedade é criado e mantido por um conjunto de atos

normativos de responsabilidade única do ente estatal, diante do seu monopólio. Por consequência, a distribuição de riqueza é significada ou ressignificada a partir dos atos oficiais de um governo. Assim, praticamente tudo o que um governo faz, ou deixa de fazer, causa repercussão na riqueza de todos e de cada um. A legitimidade de tratar a todos com igual consideração é, portanto, decorrência desse reconhecimento. Por sua vez, o governo igualmente precisa reconhecer que as pessoas precisam viver vidas autênticas, de acordo com seus próprios juízos acerca do que consideram importante. As vidas inautênticas são vidas desperdiçadas, porquanto se sujeitam aos juízos que outros estabelecem como comportamentos válidos. O igual respeito pressupõe, por parte do governo, reconhecer o senso pessoal de responsabilidade pelas escolhas que cada indivíduo faz no decorrer de sua vida. Ambos, igual consideração e respeito, precisam se integrar a fim de compreender que o viver bem depende tanto dos atos oficiais, quanto das opções privadas.

Esses dois princípios políticos se reforçam mutuamente em um esforço integrativo, dando espaço para a construção do princípio da dignidade, cujo conceito é reconstruído por Dworkin a partir do pensamento de Kant (Scotti, Azevedo, 2020, p. 219). Partindo dessa reconstrução, são erguidos os “análogos éticos” destes princípios políticos (Dworkin, 2011, p. 14). O princípio da dignidade muitas vezes é esvaziado ao ser invocado quase como uma carta coringa, mudando de valor a cada combinação argumentativa, servindo aos mais diversos discursos.

Em particular, devemos estimar nossa dignidade. O conceito de dignidade foi degradado pelo uso abusivo e pusilânime na retórica política: todo político presta vã homenagem à ideia, e quase todos os pactos de direitos humanos lhe dão um lugar de destaque³⁶ (Dworkin, 2011, p. 13).

O princípio da dignidade deve ser encarado como um princípio interpretativo, do qual floresce a ambição de que nossas vidas devem ser conduzidas para lançar luzes, como no zênite, sobre o nosso sentido da vida. No projeto interpretativo de *Justice for hedgehogs* (2011), Dworkin busca incessantemente integrar a ética à moral, a ponto de assentar que a responsabilidade ética é objetiva (2011, p. 13), pois temos a responsabilidade de viver bem. Dworkin se refere a padrões éticos em uma relação que um indivíduo tem consigo próprio, com a finalidade de desvelar o que é viver bem, e a padrões morais para prescrever sobre como devemos tratar os outros. Assim, a integração almejada procura densificar os sentidos de como podemos viver bem, mas sem afastar-se dos conceitos morais de como tratar os outros; e

³⁶ Tradução própria. No original: “In particular we must cherish our dignity. The concept of dignity has become debased by flabby overuse in political rhetoric: every politician pays lip service to the idea, and almost every covenant of human rights gives it pride of place”.

igualmente ambiciona que essa concepção moral não deve nos levar a nos demitir dos nossos próprios interesses de viver bem. Portanto, busca-se superar qualquer sentido interpretativo de que os interesses próprios devem se sujeitar aos valores morais ou vice-versa. Aqui, a moralidade e o interesse próprio não rivalizam (2011, p. 191-195).

Para ser bem entendido dentro do seu projeto interpretativo de unidade do valor, o princípio político da dignidade é composto por dois outros princípios éticos. O primeiro é o princípio do respeito próprio ou autorrespeito (*self-respect*) e o segundo, o princípio da autenticidade (*authenticity*). O princípio do respeito próprio, entendido sob os padrões éticos, endossa a posição de que cada pessoa deve ter uma vida bem vivida e não que seja uma vida desperdiçada e, com a integração das nossas responsabilidades morais, para respeitar a mim, paralelamente, devo compreender que a vida dos outros também possui uma importância objetiva. O princípio da autenticidade valoriza a vida autêntica, por meio da qual cada pessoa se responsabiliza de forma especial por criar a vida de acordo com seus próprios juízos e circunstâncias, e não subordinado ao domínio dos outros. Essa independência ética, contudo, não significa que não possamos ser influenciados ou persuadidos, só não podemos nos submeter ao domínio (Dworkin, 2011, p. 202-214).

A dignidade requer, ao mesmo tempo, autorrespeito e autenticidade. Se for levado a efeito o primeiro princípio isoladamente, correm-se sérios riscos de o autorrespeito tornar-se uma vida desperdiçada. Nessa ótica mais estreita, tratar a todos com igual importância objetiva revelaria uma obrigação moral de que as vidas de todas as pessoas teriam a mesma importância para mim que a minha própria vida, a de minha família, a de meus amigos. Para satisfazer essa interpretação do primeiro princípio, os planos, desejos e projetos dos outros exigiriam a mesma preocupação de minha parte em relação aos meus próprios planos, desejos e projetos.

A maioria das pessoas no mundo é muito pobre. Muitas delas não têm nem mesmo o essencial para a vida, então, nesse ponto de vista, qualquer pessoa que aceitasse o primeiro princípio, mesmo com uma riqueza modesta, teria de dar tudo e se tornar também pobre. Certamente ele teria que deixar de dedicar a sua vida a quaisquer outros projetos, não importando o quão atraentes ele os achasse³⁷ (Dworkin, 2011, p. 261).

Essa interpretação é inconcebível. Mas a interpretação do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo como requisito a hipossuficiência financeira para demandas de saúde pública, estaria tendente a avalizar a interpretação do primeiro princípio da dignidade nesses

³⁷ Tradução própria. No original: “Most people in the world are very poor. Many of them lack even the essentials of life, so anyone of even modest wealth who accepted the first principle would, on this view of what it means, have to give everything away and become poor himself. Certainly he would have to abandon dedicating his life to any other projects, no matter how compelling he thought them”.

termos? Com efeito, a Corte sustenta que, quem tem capacidade financeira para custear o tratamento pleiteado em juízo, não possui direito a um provimento jurisdicional favorável. Dessa maneira, estaria o STF ingressando no terreno da responsabilidade ética? Afinal, sabemos que o Brasil possui uma sociedade profundamente desigual, em que muitas pessoas se situam muito abaixo da chamada linha da pobreza, logo a Suprema Corte estaria definindo, ou melhor, exigindo que os jurisdicionados com capacidade financeira suficiente tratem os interesses dos outros (que não tenham capacidade financeira) com a mesma intensidade que se dedica aos próprios projetos? Ou seja, para serem considerados dignos, os que contam com disponibilidade financeira, em nome do princípio de considerar que todas as vidas humanas possuem o mesmo valor intrínseco, a mesma importância objetiva, necessitam utilizar seus próprios recursos a fim de liberar os fundos públicos para serem utilizados por outros indivíduos que não tenham capacidade financeira?

Se fecharmos a leitura do princípio da dignidade somente com relação ao primeiro princípio ético sobredito, será uma interpretação plausível. Errada, mas plausível. Por isso, para evitar qualquer erro nesse sentido, é fundamental que o segundo princípio, o da autenticidade, seja chamado para exercer sua força integradora a fim de promovermos uma atmosfera que admita uma compreensão do que é eticamente responsável. Essa interpretação necessita de uma equação simultânea, na qual um abre espaço para o outro simultaneamente, mas de maneira que ambos preencham totalmente o mesmo espaço. Os princípios se requerem mutuamente, exigindo tanto o respeito total pela importância objetiva de vida de todos e de cada um, quanto o respeito total pela responsabilidade especial de tornar nossas vidas dignas de serem vividas (Dworkin, 2011, p. 272). A coabitação simultânea no terreno da ética é inegociável.

Assim, com o esforço por uma leitura dos princípios do respeito próprio e da autenticidade reciprocamente sustentadora, temos melhores condições de compreender o conteúdo pelo respeito da importância objetiva da vida de todos, inclusive a nossa. Em certo sentido, discorremos a respeito na dissertação de Mestrado ao mencionar que temos liberdade moral para tomar a maior parte das decisões de nossas vidas sem levar em consideração os interesses das outras pessoas com a mesma intensidade que devemos mostrar pelas nossas. De um modo geral,

[...] somos moral e juridicamente livres para decidirmos sobre nossas preferências, sendo legítimo darmos mais atenção à nossa vida que à dos outros. Portanto, apenas às vezes temos aquela pesada responsabilidade, figurando-se implausível que cada um de nós, em cada ato, sempre e em tudo que fazemos, inclusive na utilização de nossos próprios bens, tenha o compromisso geral de nos preocupar com os interesses dos outros da mesma forma que nos causa preocupação os nossos.

[...] Nesse ponto, é necessário alertar, a defesa de que somente às vezes devemos considerar os interesses dos outros tão importantes quanto os nossos não significa a exibição de um egoísmo indefensável, mas sim reflete um argumento em favor da preservação da autonomia pessoal que praticamente desapareceria caso não houvesse a liberdade moral de tomar a maior parte das decisões de nossas vidas (Oshiro, 2017, p. 29).

Para terminar, trazemos uma metáfora de Dworkin que ajuda a compreender o espaço de coabitação. Se sou curador de uma coleção significativa de valiosos quadros de um museu, certamente não deixo de reconhecer que outros museus também possuem em seus acervos quadros tão ou mais valiosos além dos que sou responsável. Reconheço a importância objetiva desses quadros, porém tenho mais obrigações de cuidado com relação aos quadros que estão sob meus cuidados dos que estão sob a proteção de outros curadores. Essa minha proteção mais especial não me leva a recusar a importância objetiva de todas as outras obras de arte existentes no mundo, seja as que eu conheça, seja as que não tive ainda a feliz oportunidade de apreciá-las (Dworkin, 2011, p. 256).

Portanto, se os princípios da igual consideração e respeito são fontes de legitimidade do direito, a dignidade é seu fundamento ético (Penalva, 2011, p. 97).

3.2 Mínimo existencial ou sobras da escassez?

Em nossa dissertação, discorremos sobre o conteúdo e alcance do direito à saúde, compreendendo que o sentido da saúde como direito será certamente aviltado caso as políticas (*policies*) sejam escarneçadas. Como toda e qualquer política (*policy*), a reserva dos meios necessários, inclusive do ponto de vista orçamentário e financeiro, é insuspeita a fim de atingir os objetivos gerais pretendidos.

Igualmente, na oportunidade, buscamos demonstrar que os custos dos direitos não devem ser simplesmente ignorados, como se pudéssemos elaborar sofisticados conceitos de direitos despreocupados com a prática e a realidade social que nos cerca no interior de uma comunidade política real. Sob essa perspectiva, por certo os conceitos serviriam apenas para sociedades angelicais, o que nos levaria apenas ao diletantismo (Oshiro, 2017).

Por consequência, silenciar-se não é opção e “a ideia de que a justiça nada tem a dizer sobre quanto uma sociedade deve gastar com cuidados à saúde” é algo pior que inútil

(Dworkin, 2002, p. 309-310)³⁸. No contexto, Dworkin discorre sobre o ideal da medicina difundido há milênios pelo princípio do resgate (*rescue principle*), segundo o qual uma sociedade deveria empregar todos, enfatize-se todos, os recursos disponíveis para a garantia da saúde e da vida das pessoas que vivem sob seu domínio, ainda que isso levasse à completa desproteção de outros direitos, como a educação ou o controle dos crimes. Assim, para Dworkin, o princípio do resgate deve ser rejeitado, por ser imprestável.

Em suma, desenvolvemos argumentos tendentes a fazer com que as políticas (*policies*) e as opções governamentais sejam levadas a sério, exigindo uma atitude interpretativa dos magistrados fieis ao princípio da integridade. Por essa postura, vela-se pelas decisões políticas como um todo, admitindo a criatividade produtiva, porém cercada por um constrangimento para ler as mesmas decisões. Esse constrangimento inclui a preocupação com as programações financeiras e orçamentárias, não estando à disposição dos juízes os argumentos de política. De toda maneira, a um só tempo, o passivismo não deve ser tolerado e as decisões políticas devem ser sustentadas, cujo equilíbrio é edificado com exaltação de argumentos de princípio. Disso tudo concluímos que os custos, a fim de que as políticas (*policies*) não sejam escarneadas, integram internamente o conceito de direito à saúde.

Essas observações preliminares nos afiguram como essenciais, na medida em que, se por um lado os magistrados necessitam se comportar conforme uma atitude interpretativa genuína e, portanto, levar a sério as políticas (*policies*) como um todo, por outro não devem ser esquecidos os compromissos constitucionais, os objetivos da República brasileira, a desigualdade social profunda de nossa sociedade e o projeto civilizatório representado pelo Sistema Único de Saúde.

Dessa maneira, muito embora a dissertação tenha se vocacionado a elaborar advertências ao poder de deliberação judicial, constrangendo-se para a leitura com seriedade e compromisso constitucional das decisões políticas e precedentes jurisprudenciais, buscando conferir a devida importância aos construtos técnicos das políticas (*policies*) e, sobretudo, exortando a obrigação de que o Poder Judiciário “não pode respirar o mesmo ar soberbo de si próprio” diante de casos envolvendo a saúde pública (Oshiro, 2017, p. 71), deixamos de desenvolver de forma mais aprofundada e em detalhes os desafios colocados ao direito no que tange à distribuição propriamente dita da assistência à saúde, do cuidado. Obviamente, despidos

³⁸ Tradução própria. No original: “That is worse than unhelpful, because it encourages the idea that justice has nothing to say about how much a society should spend on health care”.

de qualquer pretensão arrogante, agora nos propomos ao desafio de adensarmos a discussão desejosos pelo êxito, mas cientes de eventual insucesso.

Em seu trabalho de tese, Penalva (2011) antecipa o que vem se demonstrando uma forte inclinação, conforme descrevemos no Capítulo 2. Naquela quadra da história, em uma marcha para a rejeição ao argumento da reserva do possível, Penalva aventou sua percepção de que começava “a ganhar corpo uma tendência doutrinária (em menor monta, também jurisprudencial) de criação de limites para a universalidade do direito à saúde a partir do mínimo existencial”. Penalva vinha notando que essa evocação do mínimo existencial na doutrina e, em menor escala naquele recorte histórico, na jurisprudência, revelava uma forte predisposição para o etiquetamento da restrição: a pobreza (2011, p. 51-52). O que poderia ser apenas como que um tormento de Tântalo ao reverso, se levado às expectativas constitucionais em sua melhor luz, a jornada do tempo vem desafortunadamente confirmando a antevisão de Penalva.

Como argumento, a reserva do possível se evidenciava e ainda se evidencia, no caso do controle judicial das políticas públicas, como uma “irracionalidade do excesso de racionalidade”, porquanto, para Penalva (2011, p. 14-15):

Na tentativa de preservar o orçamento público, sustentam-se limites sem comprovação. Não há sentido em decisões que insistem em ser racionais, preservando o orçamento público sem trazê-los aos autos e analisá-lo de forma concreta. Assim, o inegável limite orçamentário torna-se escassez sem demonstração e essa afirmação, por sua vez, torna-se argumento insuperável a impedir que as considerações individuais e concretas sejam levadas em conta na mesma medida.

Consoante sabemos, não havendo sido prestigiada por redação constitucional expressa, a construção teórica da reserva do possível tem sido atribuída à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, do conhecido caso *numerus clausus* na década de 1970³⁹ (Sarlet, Figueiredo, 2010, p. 29; Penalva, 2011, p. 14). A noção mais geral da reserva do possível defende que direitos fundamentais, dependentes de prestações materiais, têm sua efetividade limitada pelas possibilidades financeiras do Estado, inscrevendo a ideia de que a disponibilidade financeira “estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público” (Sarlet, Figueiredo, 2010, p. 29). Assim, a construção vem impregnada da ideia de proteção à programação governamental.

³⁹ O caso *numerus clausus* (BVerfGE 33,303) versou sobre o direito de acesso ao ensino superior. Discutiu-se a questão em que, mesmo o Estado dispondo de recursos, não se poderia exigir obrigação de prestação fora dos limites razoáveis (Sarlet, Figueiredo, 2010, p. 29). A divergência do caso concreto girou em torno da discussão sobre se o Poder Judiciário poderia “determinar a abertura de vagas em uma Faculdade de Medicina do país para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados no número prévio de vagas” (Penalva, 2011, p. 14).

Por seu turno, a Constituição alemã não apresenta uma enunciação de direitos sociais, ao contrário da nossa Carta de 1988, e o direito ao mínimo existencial, igualmente, não está constitucionalmente expresso. Sem embargo, sendo fruto de uma construção essencialmente jurisprudencial, o mínimo existencial “é aceito pacificamente na jurisprudência e doutrina alemã” (Penalva, 2011, p. 80), e sua edificação representa como que uma casamata contra a reserva do possível.

A interpretação do mínimo existencial a melhor luz mostra-o como fruto de uma construção jurisprudencial em um cenário constitucional em que a Constituição não enuncia de forma explícita os direitos sociais. Por essa razão, o Tribunal Constitucional Federal alemão, de forma criativa, desenhou esse núcleo mínimo de proteção da dignidade humana contra o qual a reserva do possível tem menos força. [...] O mínimo constitucional então, assim entendido, não passa de um argumento contra a reserva do possível e a favor dos direitos sociais, na Alemanha (Penalva, 2011, p. 144).

No Brasil, entretanto, consagrados os direitos sociais em uma enunciação expressa na Constituição, concordamos com as conclusões de Penalva no sentido de que a teoria dos mínimos não é aderente ao texto constitucional e à comunidade de princípios que o fundamenta. Conforme recordam Scotti e Azevedo (2020), o céu dos gregos não está ao nosso alcance. O nosso céu é o nosso horizonte e é elevando os olhos para as nossas estrelas que podemos experimentar uma guiança genuína.

Sem embargo, dos casos controvertidos da Suprema Corte que selecionamos, praticamente todos trazem argumentação a respeito do mínimo existencial, em alguma proporção com maior ou menor profundidade. Entretanto, a nosso sentir, para fins do presente desenvolvimento, são desnecessárias as remissões em sua integralidade porque, o que almejamos, é somente resgatar referências nas manifestações do Poder Judiciário, notadamente na mais alta Corte do país, a fim de propugnar seu desacerto.

Considerando que a STA nº 175 é o paradigma originário, faz todo sentido iniciarmos por sua apreciação. No entanto, a linha de contato sobre o tema foi brevíssima e o relator, Min. Gilmar Mendes, dedicou pouca atenção em seu enfrentamento⁴⁰. Ainda ao discorrer sobre uma possível celeuma a respeito de o Judiciário poder ou não deliberar em situações envolvendo políticas públicas de saúde, o Min. Gilmar Mendes pincelou brevemente que a linha argumentativa que se mostrava favorável à apreciação e discussão em juízo defendia que o princípio da dignidade da pessoa humana exigia o pronunciamento de “ao menos o

⁴⁰ Cabe destacar que o STF decidiu o caso por unanimidade, nos termos do voto do relator. Dos demais ministros, apenas o Min. Celso de Mello fez juntar seu voto, mas igualmente não detalhou argumentações a respeito do mínimo existencial.

mínimo existencial de cada um dos direitos”. Recordou-se, ademais, que as divergências que circundam a apreciação judicial e doutrinária sobre a proteção do direito à saúde exigem a “compatibilização do que se convencionou denominar ‘mínimo existencial’ e ‘reserva do possível’” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2010). Sinteticamente, nesse paradigma originário, o mínimo existencial recebeu pouca ênfase argumentativa na Suprema Corte.

Por outro turno, no âmbito do RE nº 657.718 (Tema nº 500), que tratou sobre pedidos de medicamentos não registrados na Anvisa, relator Min. Marco Aurélio, redator para acórdão Min. Roberto Barroso, o Min. Edson Fachin dedicou uma considerável atenção à teoria dos mínimos, inclusive ao buscar o enriquecimento de sua interpretação no plano internacional, mais especificamente com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Inicialmente, o Min. Fachin havia elaborado extenso voto, culminando com proposta de tese para o Tema nº 500 em sentido diverso, em medidas consideráveis, ao da proposta prevalecente do Ministro redator para o acórdão. Contudo, posteriormente reajustou o seu voto para acompanhar o Min. Barroso⁴¹, ficando prejudicada a avaliação de sua proposta.

De qualquer sorte, apesar do reajuste de seu posicionamento⁴², o Min. Fachin defendia, a nosso juízo, uma postura excessivamente reverente às decisões governamentais, em uma interpretação bastante cerrada, inclusive com relação aos contornos do mínimo existencial. Assumindo o risco inerente quando se faz qualquer simplificação, podemos assentar que, resumidamente, seu voto sustentava que no Brasil o mínimo existencial tinha como correspondente normativo a Lei nº 8.080/1990, cujo art. 3º, com redação dada pela Lei nº 12.864/2013, dispunha que “os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do país, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico [...]” (Brasil, 1990) e, no plano internacional, o mínimo existencial podia ser representado pela interpretação do Pacto mencionado acima no sentido de

⁴¹ Conforme é possível extrair do extrato da ata do julgamento do RE nº 657.718.

⁴² Optamos por manter a leitura da posição original do Min. Edson Fachin porque, apesar do ajuste de seu voto para acompanhar o entendimento do Min. Roberto Barroso, não constam das notas do inteiro teor do acórdão motivos explícitos que o levaram a abandonar sua construção interpretativa. Com efeito, o Min. Fachin, que se pronunciava pelo provimento *integral*, foi interpelado pelo Min. Barroso, que dava provimento *parcial* ao recurso, sob o argumento de que a divergência seria apenas terminológica, e não de conteúdo. Por sua vez, o Min. Fachin tão somente assentiu que era necessário dar provimento ao recurso para, como regra geral, não admitir o fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa, mas advertiu que se fazia necessário formular entendimento de que, excepcionalmente, seria possível o fornecimento em tais circunstâncias. Contudo, sua proposta de formulação quanto à excepcionalidade do fornecimento era substancialmente divergente à construção do Min. Barroso e não há, nas notas, quaisquer contornos relacionados ao abandono sobredito, mas apenas e tão somente sua concordância em ajustar seu voto para entender que o provimento ao recurso deveria ser classificado como *parcial*.

que o direito à saúde mantém uma relação de interdependência com os demais direitos humanos.

Percebe-se que o Min. Fachin se inclina pela prevalência da decisão da Administração Pública em uma grandeza desproporcional, o que desborda, à toda evidência, do que restou deliberado no precedente da STA nº 175. Em seu pronunciamento, o Ministro assentou, como regra, “a impossibilidade da sindicância judicial” das decisões políticas quando sustentadas em fundamentos que “tenham por base juízos científicos ou distributivos”. Uma base para essa sustentação seria a de que o “papel do Estado não é apenas fornecer um mínimo, aquilo que qualquer pessoa tem direito a lhe exigir, mas também o de elaborar um difícil cálculo relativamente à distribuição dos bens”. Como desfecho teórico, conclui que o conceito de direito à saúde é integrado não apenas pelo mínimo existencial, mas também “pela participação no processo alocativo” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Apesar da simplificação acima exposta sobre a manifestação original no Min. Edson Fachin, sua maneira de desenvolver o raciocínio foi mais complexa, mas, destaque-se, ainda assim com uma enorme deferência às decisões técnicas governamentais. Para sermos um pouco mais explícitos, em seu voto defendeu que os fundamentos das decisões técnicas necessitariam ser “verificáveis”, a fim de se garantir o direito de revisão por parte de quaisquer interessados. Para tanto, estabelecendo como ponto de partida a experiência constitucional europeia, trouxe uma orientação que adjetivou como “mais inovadora”, no sentido de que a apreciação judicial em matérias regulatórias complexas, como a econômica, deve se submeter a sérias limitações.

Nesses casos, entendeu que a limitação do controle judicial admite que o Tribunal aprecie apenas matérias restritas, envolvendo alegações que abranjam controle de legalidade, incluindo eventual desvio ou abuso de poder, controle de motivação, controle da instrução probatória da política pública regulatória e controle da resposta em tempo razoável, além da observância das regras de procedimento. Alicerçando seus fundamentos nessas limitações delineadas, o Min. Fachin concluiu, como regra, a impossibilidade de sindicância judicial, mesmo levando em conta o desafio do mínimo existencial:

Ao contrário da orientação firmada naquela ocasião [na STA nº 175], a **inflexão deste voto sustenta a impossibilidade de sindicância judicial** das razões acolhidas, seja pela agência reguladora, seja pelo Ministério da Saúde, **desde que tenham por base juízos científicos ou distributivos**. [...] A definição do direito à saúde como demanda ética à equidade em saúde não conduz a outra resposta que não o **reconhecimento de garantias de um mínimo existencial e de efetiva participação**, sob a perspectiva de ter em devida conta as razões e demandas individuais opostas à decisão distributiva. Tal garantia, materializada na atuação do Poder Judiciário, impõe que se

realize, no caso concreto, de modo não cumulativo, (i) controle de legalidade, vale dizer, não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder; (ii) controle da motivação, isto é, aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a Administração Pública; (iii) controle da instrução probatória da política pública regulatória, ou seja, exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e (iv) controle da resposta em tempo razoável, o que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020, grifo nosso).

Em seu entendimento, apenas no caso de se demonstrar que o Poder Público incorreu nas situações acima indicadas, as limitações poderiam ser superadas e seria admitida uma sindicabilidade a respeito da decisão técnica. Todavia, mesmo nessa hipótese, a sindicabilidade não se estende a ponto de admitir o deferimento direto do tratamento à saúde pelo Poder Judiciário, mas sim a garantia de participação, abrindo oportunidade para que “o tema seja novamente apreciado ou que haja manifestação pela Administração Pública das situações pontuais que não foram objeto de deliberação”. Com essa criação, o Min. Fachin imagina que o seu conceito de direito à saúde fica satisfeito, na medida em que o mínimo existencial se integra à garantia de participação no processo alocativo, porquanto garante “que a demanda dos cidadãos seja oposta à comunidade científica e por ela apreciada em devida conta” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Já no RE nº 566.471 (Tema nº 006), cuja controvérsia orbitou o tema dos chamados medicamentos de “alto custo”, o Relator, Min. Marco Aurélio⁴³, trouxe o argumento do mínimo existencial como direito fundamental implícito, pré-constitucional e “inerente à condição humana digna”. Sob essa ordem de argumentação, “revelada a dimensão do mínimo existencial em casos particulares, a judicialização desses serviços estatais mostra-se plenamente justificada, independentemente de reserva orçamentária”, isto é, para o relator, torna-se inoponível o argumento da reserva do possível nessas condições. Com essas incursões preliminares, o Min. Marco Aurélio chega a dois requisitos para o fornecimento de medicamentos de “alto custo”, ambos fundamentados no mínimo existencial: “a imprescindibilidade do medicamento” e a “incapacidade financeira”, os quais se constituiriam, respectivamente, em elemento objetivo e subjetivo de tutela do mínimo existencial.

⁴³ Conforme mencionamos em outro momento, o voto e o respectivo aditamento ao voto do Min. Marco Aurélio nesse Extraordinário foram obtidos, respectivamente, nos seguintes links <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>, os quais foram acessados em 20/08/2023.

Neste momento, para nós interessa somente o pronunciado aspecto subjetivo. Consoante mencionamos alhures, o Min. Marco Aurélio inovou profundamente ao estipular que a incapacidade financeira deveria abranger não somente o paciente, expectador direto do tratamento pleiteado, mas extensiva à família do mesmo paciente, convocando a solidariedade familiar, a qual seria logicamente antecedente à obrigação estatal. Em outras palavras, o dever do Estado seria somente subsidiário ao dever familiar. Assim, o mínimo existencial seria uma exigência não somente no círculo individual, mas também em todo o campo familiar. Apenas a partir da possível incursão sobre o mínimo familiar é que se poderia falar em verdadeiras obrigações por parte do aparato estatal.

Em relação ao que circunscreve o mínimo existencial como questão familiar e não apenas individual, o Min. Marco Aurélio insinua, a nosso ver de modo bastante contraditório, que sua construção interpretativa teria o mérito de expandir os deveres do Estado. Segundo defende, a “fórmula desenvolvida visa densificar o dever estatal de tutela, incluindo, no núcleo constitutivo dessa obrigação, a incapacidade financeira da família solidária, e não apenas a do indivíduo”. A nosso sentir, a desejada densificação não produz qualquer resultado útil, nem para o Estado, nem para a família, tampouco para o indivíduo, ademais de não estar assentado em um juízo de princípio. Assim, muito embora o desejo da construção tenha sido verbalizado para aumentar a obrigação estatal, em verdade, acaba por contradizer-se e, incoerentemente, por reduzir essa mesma responsabilidade. O que pretende entregar com uma mão (incrementar as responsabilidades públicas do Estado com o alargamento do mínimo existencial), na realidade retira com a outra (apregoa que a responsabilidade familiar é antecedente à responsabilidade social e, portanto, a entidade familiar é a primeira responsável pelo custeio financeiro do tratamento).

Nem mesmo é útil, na realidade prática, para o Estado. Em tons hipotéticos, sem embargo de o Estado de antemão vir a saber que existem membros familiares com condições financeiras – o que seria profusamente raro –, ainda assim não poderia desde logo eximir-se do fornecimento. Essa suposição o próprio relator fez constar em seu aditamento ao voto. Num contexto como esse, seria irremissível a necessidade de criar-se estruturas institucionais para diligenciar, na ordem de prioridade do Código Civil, por identificar algum indivíduo, ou mais de um, com relação de parentesco que possa apresentar-se financeiramente capaz de suportar o ônus do tratamento pleiteado em juízo. Além disso, essa estrutura teria de apresentar-se onipotente para também conseguir comprovar que, do ponto de vista financeiro, esse familiar estaria fora do contexto do mínimo existencial que pudesse justificar figurar no polo passivo de uma eventual demanda de ação regressiva. Imaginar que o Estado, como um todo, faça isso a

cada demanda de saúde é um contrassenso lógico e prático. E, mesmo que isso viesse a tornar-se possível por especulação e as várias esferas de governo providenciassem tais estruturas administrativas, o potencial para implodir o próprio sistema de justiça seria intenso, porquanto as demandas intuitivamente seriam exponencialmente multiplicadas. Cabe rememorar que, conquanto tenha se encerrado o julgamento de mérito do RE nº 566.471 (Tema nº 006), a Suprema Corte optou por fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior, o que ainda não sobreveio.

Por sua vez, com relação ao RE nº 855.178 ED (Tema nº 793), Relator Min. Luiz Fux, o Min. Edson Fachin abriu divergência e conduziu o voto vencedor, sendo assim responsável pela redação do acórdão. Nesse precedente, o Min. Fachin se mostrou coerente com o recorte que fizemos em relação ao seu voto quando da apreciação do RE nº 657.718. Tão somente para efeitos de comparação temporal, neste último julgado o seu voto foi proferido no ano de 2016, em 28 de setembro, já no RE nº 855.178 ED, proferiu seu voto em 2019, na sessão do dia 22 de maio.

Conforme explicitamos em outro momento, o RE nº 855.178 ED discutiu a controvérsia sobre a legitimidade processual entre os entes federados em demandas de saúde, em razão das repartições constitucionais de competência e regime de solidariedade. Sob essa contextualização, que refoge à discussão mais substancial, o mínimo existencial foi lembrado como reforço de argumento e, por isso, não obteve maiores atenções quanto ao seu desafio. De toda maneira, o Min. Fachin discorreu sobre uma face crítica da judicialização da saúde, a qual colocaria em evidência, sob sua ótica, seu lado mais pernicioso, resultando em um constrangimento imposto às esferas governamentais a abandonarem suas programações orçamentárias que se destinam ao financiamento das ações e serviços de saúde.

Com isso, não se está atribuindo superioridade valorativa aos princípios constitucionais da programação orçamentária em prejuízo do direito social à saúde, permitindo a mitigação do mínimo existencial em prol da observância de interesses secundários do Estado. Ao contrário, a preocupação é preservar a capacidade dos entes em sustentar financeiramente uma política pública que proporcione assistência médica ao maior número possível de pessoas. A estabilidade do orçamento público é condição indispensável para que todos os deveres dos Estados, Distrito Federal e Municípios sejam corretamente exercidos, inclusive aqueles que conferem efetividade a direitos fundamentais (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que o Ministro defende que a falta de vinculação estatal à observância das leis orçamentárias forçada pelas decisões judiciais prejudica as atividades administrativas que vocacionam justamente a garantir o acesso de cada

cidadão aos serviços de saúde. Portanto, com a imposição de uma ótica focada no coletivo, argumenta que o mínimo existencial nesse caso não se apequena.

Para os propósitos de nos servirem para o desenvolvimento de nosso raciocínio, reputamos suficiente resgatarmos somente os recortes desses julgados. Com esse modesto extrato, nos é possível unir os caminhos que conduzem ao constrangimento da universalidade de acesso constante no manto constitucional sob um só etiquetamento, que, resumidos na pobreza, recebeu o epíteto de hipossuficiência.

Ao regressarmos às percepções de Penalva, como destacamos mais acima, a autora percebeu esse importante movimento de deslocamento dos argumentos sobre a problemática financeira. “A ênfase que antes se dava às possibilidades financeiras do Estado (reserva do possível, precisão orçamentária) parece, aos poucos, deslocar-se para o indivíduo” (2011, p. 54). O curioso é que esse pêndulo doutrinário e jurisprudencial sempre se revela tendente a desmobilizar obrigações por parte do Estado, ora ressaltando a sua impossibilidade ou avançando em obstáculos quase irresistíveis diante da reserva do possível, ora deslocando a responsabilidade do custeio para o indivíduo ou, como vimos, para o círculo da solidariedade familiar, o que, como consequência, em uma política disfarçada, resulta em conclamação do mínimo existencial.

Agora que nos fica mais inocultável o movimento de deslocamento de argumentos, cujas evidências admitem supor que forças gravitacionais movimentam o Estado para provocar o seu eclipse perante responsabilidades, parece correto permanecer com o argumento do mínimo existencial ou se torna mais honesto questionar se estamos apenas nos acotovelando pelas sobras da escassez?

3.3 Trunfos

Com a ressalva de nossa posição, a busca pela garantia do mínimo existencial é um comportamento controvertido, afinal, quem está em posições de comodidade não enxerga muitas razões para a modificação do *status quo*, o que, conseqüentemente, tende a conferir uma resposta não tão generosa a fim de dar os contornos ao que se entenda por mínimo.

Clève (2011) traz o direito constitucional, em uma concepção mais moderna, como uma doutrina emancipatória e principiológica, cuja acepção joga luzes sobre o enfoque principal, que deixa de ser o Estado e passa a ser a pessoa humana em sua dignidade. Por intermédio de uma leitura crítica, inclusive consciente das condições desiguais que são ínsitas

à formação social brasileira, promove a leitura dos princípios constitucionais de maneira transformadora, emancipadora. Com essa leitura, ou releitura, a concepção não se conforma com a manutenção do *status quo* e coloca em posição de destaque a pessoa humana, por cuja dignidade os esforços do Estado devem ser direcionados como força principal de sua legitimidade.

Em idêntica linha, Carvalho Netto, ainda na alvorada do milênio, em fevereiro de 2002, incitava os ânimos de que se fazia mais que necessário agitar um pensamento reflexivo sobre uma teoria da Constituição “profundamente contrária à original”, criada a partir de Carl Schmitt e na qual a “Constituição seria o Estado, ou melhor, mais do que o Estado, seria um líder”. A natureza pública da Constituição, antes reduzida ao estatal, agora tem de ser de todos, “ou ela pertence a todos nós ou não é de ninguém”, daí a sua força emancipadora:

Na teoria da Constituição, sobretudo, somente podemos considerar o constitucionalismo na sua complexidade. É possível reconhecer nos trezentos anos de vivência constitucional uma imensa força emancipatória, basta vermos a história dos direitos fundamentais, uma história que é a de sua permanente e paradoxal realização irrealizada. E isso é fantástico (Carvalho Netto, 2005, p. 129).

Estas palavras de Clève e Carvalho Netto, quando inscritas abstratamente em linhas gerais atualmente, até parecem reproduzir alguns dos pronunciamentos judiciais, inclusive os da Suprema Corte. Contudo, uma observação descuidada sobre os mais diversos assuntos de relevo constitucional, como por exemplo os reflexos e consequências das programações orçamentárias, leva ao deslocamento da pessoa humana para uma posição coadjuvante a do Estado e, com tal falta de vigilância permanente, corre-se “o risco do uso abusivo do constitucionalismo contra o próprio constitucionalismo” (Carvalho Netto, 2005, p. 126). Sob a visão do constitucionalismo emancipador, com muita acutilância, Clève percebe que o Estado deve ficar à disposição dos direitos fundamentais, e não o contrário, o que significa “proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)” (2011, p. 248). Portanto, a reflexão nos conduz à inversão da lógica de como se promove a leitura.

Os pronunciamentos que resgatamos do Supremo Tribunal Federal que tangenciam o mínimo existencial servem para demonstrar o que acabamos de afirmar. Seja sob o argumento de aumentar o campo do mínimo existencial, consoante defendeu o Min. Marco Aurélio, seja sob um conceito “integrado” do direito à saúde cunhado pelo Min. Fachin, por intermédio do qual se buscou construir a definição conjugando, em sua visão, o mínimo existencial com a “participação no processo alocativo”, percebe-se que a leitura constitucional ainda é

protagonizada no discurso em que a busca pela progressividade dos direitos fundamentais fica subordinada à escolha de com qual velocidade os gastos sociais poderão ser satisfeitos, escolha esta que fica a cargo sempre de maiorias ocasionais.

Essa lembrança nos leva à compreensão de que podemos nos reconhecer como submetidos a uma dromocracia⁴⁴, por meio da qual, dentro de uma democracia, “o governo de muitos pode se converter no governo daqueles que se assenhoram da aceleração ou do ralentamento dos processos sociais” (Pinheiro, 2020, p. 37). A moeda do tempo é percebida como um valioso capital político e a velocidade se associa necessariamente às estruturas de manifestação do poder. Todavia, no ponto, a velocidade não é sinônimo de aceleração, de forma que tanto a rapidez quanto a lentidão se convertem em práticas de exclusão. Pinheiro recorda que, por exemplo, em momentos de crise econômica, políticas de austeridade são colocadas em mesa e, sempre, os projetos de reforma previdenciária e trabalhista antecedem os debates sobre reforma política ou tributária (2020, p. 39) e essa recordação é bastante ilustrativa, porque fica claramente evidenciado como os detentores do poder manejam as fronteiras do tempo, na medida em que nos primeiros casos é a velocidade da aceleração que se destaca, já nos segundos, a velocidade da lentidão.

O que é possível perceber nesse processo de ascendência sobre o tempo é que, aos que possuem o seu controle e que experimentam posições mais confortáveis, fazem-no correr à velocidade conforme atendimento às conveniências de sempre, com os fins de manter o *status quo* e geralmente à custa daqueles em situação de desventura. Neste ponto particular, parece-nos muito apropriada a passagem destacada por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério* (*Taking rights seriously*), que auxilia a ilustração sobre o domínio do tempo na implantação ou reconhecimento de direitos. Nesse sentido, resgatou uma manifestação pública de Spiro Agnew, ex-vice-presidente dos Estados Unidos:

Em uma declaração política sobre a questão de pessoas "esquisitas" e dos desajustados sociais, ele [Agnew] disse que a preocupação dos liberais com os direitos individuais era como um vento que soprava contra o navio do Estado. Essa é uma metáfora pobre, mas o ponto filosófico que expressa pode ser muito bem entendido. Ele reconheceu, como muitos liberais não o fazem, **que a maioria não pode viajar tão rapidamente ou tão longe quanto gostaria** se reconhecesse os direitos dos indivíduos de fazer o que, nos termos da maioria, é a coisa errada a fazer⁴⁵ (1978, p. 204, grifo nosso).

⁴⁴ Como anota Pinheiro (2020, p. 37), é derivado do radical grego “dromo”, cujo sentido é lugar para correr (ex.: hipódromo, velódromo) (Cunha; Cintra, 2021, p. 126).

⁴⁵ Tradução própria. No original: “In a policy statement on the issue of “weirdos” and social misfits, he said that the liberals’ concern for individual rights was a headwind blowing in the face of the ship state. That is a poor metaphor, but the philosophical point it express is very well taken. He recognized, as many liberals do not, that

Ainda relacionado à questão da temporalidade social, a imposição do chamado Novo Regime Fiscal por meio da aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016, e mais conhecido como “teto de gastos públicos”, é representativa sobre o controle da velocidade dos ritmos sociais e institucionais. No caso específico, significou a mesclagem tanto do domínio da rapidez, quanto da apropriação da lentidão. Com efeito, cabe lembrar que Dilma Rousseff perdeu seu mandato de Presidente da República em 31 de agosto de 2016, depois da tramitação do processo de *impeachment*. Após pouco mais de cem dias, com uma velocidade de aceleração que impressiona, levando em consideração não somente todo o trâmite do processo legislativo de uma emenda à Constituição, mas também, e principalmente, a complexidade sobre o que estava em pauta de discussão, a Emenda Constitucional nº 95 foi promulgada em 15 de dezembro de 2016.

Contudo, ao mesmo tempo em que a velocidade de aceleração foi determinante para a rápida mudança constitucional, a EC nº 95 também foi responsável não somente pela lentidão, mas pelo congelamento do tempo, fixando a regra de que, por duas décadas (“vinte exercícios financeiros”) o reajuste dos gastos públicos com saúde (e outros setores) apenas se efetivaria levando em conta a inflação acumulada conforme o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (art. 106, do ADCT). Para efeito de financiamento do SUS e sua própria sustentabilidade, a Emenda nº 95 desconsiderou amplamente o envelhecimento populacional, o processo de transição epidemiológica⁴⁶ e diversos outros fatores que consolidam o histórico subfinanciamento⁴⁷ do sistema de saúde. Não sendo o bastante, a Emenda foi além, prevendo que nenhuma revisão das regras poderia sequer ser cogitada antes de o Novo Regime Fiscal completar 10 anos⁴⁸ (art. 108, do ADCT).

the majority cannot travel as fast or as far as it would like if it recognizes the rights of individuals to do what, in the majority's terms, is the wrong thing to do.”

⁴⁶ A transição epidemiológica defende a situação do processo saúde-doença a partir do ponto de vista da evolução da sociedade tradicional para a sociedade moderna, a qual viria acompanhada pela mudança do perfil epidemiológico da mesma comunidade, o que tornaria a assistência à saúde um tema mais complexo. Assim, se antes prevaleciam questões de morbimortalidade associadas a doenças infecciosas, com a modernidade o predomínio passa a ser de doenças crônico-degenerativas e causas externas. Ocorre que no Brasil, marcado pela formação social de profunda desigualdade, a transição se mostra incompleta, mesclando enfermidades típicas de momentos de escassez de bens e pobreza com doenças ligadas ao processo de modernização da sociedade, como neoplasias e doenças circulatórias (Batistella, 2007).

⁴⁷ A exemplo das sucessivas prorrogações, desde 1994, da Desvinculação de Receitas da União (DRU), que provocou o contingenciamento ao longo de décadas de recursos destinados a investimentos na seguridade social, o que inclui a área da saúde, ainda que por nomenclaturas e regras parcialmente diferentes (cf. Pinto, 2016a).

⁴⁸ É necessário registrar que a Emenda Constitucional nº 126, promulgada em 21 de dezembro de 2022, admitiu que o regime de teto pudesse ser modificado mediante a edição de lei complementar sobre um novel “regime fiscal sustentável”, o que deveria ocorrer até 31 de agosto de 2023 (art. 6º, da EC nº 126/2022). A Lei Complementar nº

Cabe advertir que a dilatação do tempo ou a sua contração não são, por si sós, características de exclusão. O que a caracteriza são os manejos artificiais da velocidade do tempo com a finalidade, evidente ou não, de retardar ou impossibilitar a modificação do *status quo* e, como conseguimos perceber, o argumento do mínimo existencial tem servido, mesmo nos pronunciamentos do Poder Judiciário, a essa falta de progressividade constitucional.

Muitas vezes, percebemos que os argumentos nos traem. Cabe ao intérprete tentar enxergar os pronunciamentos das decisões políticas, inclusive as fundamentações do Poder Judiciário, em sua melhor luz do ponto de vista constitucional. Quando interpretamos a formulação do conceito “integrado” de direito à saúde sugerido pelo Min. Edson Fachin e dissemos que ele se inclinou para a prevalência das decisões técnicas da Administração Pública em uma grandeza desproporcional, parece-nos certo que ele pode não haver se inclinado deliberadamente para isso⁴⁹. Sob a melhor luz, quisemos destacar o brilho que nos permite uma interpretação de que os argumentos expostos não foram para marginalizar os direitos fundamentais, mesmo porque revelou por mais de uma vez que não se trata de fazer prevalecer o argumento do Estado sobre o mínimo existencial, a exemplo desse trecho extraído de seu voto no âmbito do Recurso Extraordinário nº 855.178 e já reproduzido anteriormente:

[...] não se está atribuindo superioridade valorativa aos princípios constitucionais da programação orçamentária em prejuízo do direito social à saúde, permitindo a mitigação do mínimo existencial em prol da observância de interesses secundários do Estado. Ao contrário, a preocupação é preservar a capacidade dos entes em sustentar financeiramente uma política pública que proporcione assistência médica ao maior número possível de pessoas. A estabilidade do orçamento público é condição indispensável para que todos os deveres dos Estados, Distrito Federal e Municípios sejam corretamente exercidos, inclusive aqueles que conferem efetividade a direitos fundamentais (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Se a nossa impressão estiver correta, como pensamos estar, o Ministro buscou realmente uma formulação que conferisse equilíbrio⁵⁰ entre os interesses dos indivíduos isoladamente considerados, representados pelo mínimo existencial, e os interesses mais gerais

200, de 30 de agosto de 2023, sobreveio e regulamentou a EC nº 126/2022, estabelecendo o que foi chamado de “Novo Arcabouço Fiscal”, o que propiciou a revogação do teto de despesas primárias, conforme foi admitido pelo art. 9º, da EC nº 126/2022.

⁴⁹ Apesar de o Min. Fachin, expressamente, se inclinar no sentido de que o Poder Judiciário tem de “assumir uma postura mais deferente às escolhas técnicas ou democráticas tomadas pelos órgãos competentes”, ele recusa, também expressamente, que busca conferir maior valor às escolhas administrativas, como no trecho destacado em seguida no texto.

⁵⁰ O Min. Fachin, na apreciação do RE nº 655.718, menciona: “Fixo um conjunto de premissas e condições ligadas aos parâmetros das políticas públicas previstas normativamente por esta agência reguladora e também os limites do Estado, que tem que **encontrar um ponto de equilíbrio entre a omissão cega e a hipertrofia excessiva**” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020, grifo nosso).

da comunidade, muito embora sua formulação tenha errado a dose ou não tenha conferido argumentos suficientes para alicerçar a sua base. Essa intenção equilibrada ficou somente latente e a latência externou uma considerável incoerência que, para nós, ficou evidente.

Com todo efeito, devemos recordar que o Min. Edson Fachin defende a insindicabilidade das decisões técnicas “que tenham por base juízos científicos ou distributivos”, de acordo com o que expusemos no item 3.2. Devemos acrescentar nesse instante que sua posição pela impossibilidade de sindicância judicial abrange também eventual alegação de “ineficácia do medicamento [previsto em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas] para o respectivo paciente” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2020), especificidade esta que havia sido expressamente admitida pela STA nº 175. Nesse ponto, mesmo conscientes de que não é oportuno alongar as margens sobre questões eminentemente técnicas, é absolutamente pertinente resgatar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são representativos de certo consenso científico e estabelecem critérios de diagnóstico e tratamento⁵¹. Assim, nada obstante a necessidade de os PCDT comportarem também critérios de ineficácia, refratariedade e reações “relevantes”, há inumeráveis possibilidades de reações adversas incomuns, raras, muito raras ou sequer conhecidas diante das especificidades constitutivas de cada organismo, tornando cientificamente impossível, ou ao menos inoportuno, abrangê-las todas nos PDCT. Essas eventuais reações adversas podem significar, ou não, a interrupção do próprio tratamento e isso não deve ser desprezado. Enfatize-se, como está claramente nas entrelinhas, que jamais se almeja que nos PCDT estejam compreendidas todas as hipóteses aventadas, e sim que não devem ser desprezadas. Tornar impossível a sindicabilidade nesses casos, e mesmo se partirmos do pressuposto de que os PCDT são séria e responsabilmente debatidos e construídos pelo conhecimento científico mais abalizado, é desconsiderar a importância objetiva da vida dessas mesmas pessoas.

Ademais, na linha de raciocínio no Min. Fachin, defender abstratamente que o direito à saúde deve ser conceituado como uma integração do mínimo existencial e alocação distributiva equivale a afirmar, de maneira mais concreta, que o juízo de alocação já levou em

⁵¹ Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas foram objeto de atenção normativa, tanto pela Lei nº 8.080/1990 (“Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha” (Brasil, 1990), quanto pelo Decreto nº 7.508/2011 (“Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se: [...] VIII - Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica - documento que estabelece: critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS” (Brasil, 2011).

consideração o mínimo defendido e esse mesmo mínimo está devidamente contemplado no cálculo distributivo. A incoerência é resgatada aqui porque, abstratamente, trata o mínimo existencial como um tipo independente de argumento que deve fazer parte do conceito, mas, concretamente, o mínimo existencial não desempenhou nenhum papel relevante. Assim, no exemplo que apresentamos mais acima, as pessoas que manifestarem reações adversas não mencionadas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ficariam de fora do cálculo distributivo e, portanto, como o juízo de alocação foi reverente tanto aos “juízos científicos” quanto aos “distributivos”, a sindicabilidade estaria inadmitida.

Por essas observações, entendemos que se faz apropriado retomar a diferenciação proposta por Dworkin entre princípio e política (*policy*). Guest destaca que essa distinção de Dworkin, bastante conhecida, é por ele utilizada a diversos propósitos e, para iniciar com uma síntese, convém pontuar a do próprio Guest, que delimitou que “princípios descrevem direitos que visam estabelecer um estado político de coisas *individualizado*”, ao passo que políticas “descrevem metas que visam a estabelecer um estado político de coisas *não individualizado*”⁵² (2010, p. 64-65).

Por um lado, os princípios são proposições jurídicas veiculadoras de direitos; por outro, as políticas (*policies*) são proposições jurídicas que se orientam para atingir objetivos coletivos da comunidade política. Ao assim discernir, logicamente também podemos diferenciar os argumentos de princípio dos argumentos de política. Aqueles, os argumentos de princípio, devem promover justificações sobre as decisões políticas correspondentes, no sentido de corroborarem que são decisões que respeitam ou asseguram direitos; estes, os argumentos de política, se propugnam a justificar que as decisões políticas correspondentes realizam avanços ou promovem proteção das metas coletivas da sociedade (Dworkin, 1978, p. 82-83).

Além disso, a distinção facilita a identificação sobre qual maneira as instituições caracteristicamente devem desenvolver seus argumentos. A integridade política é uma virtude composta pelo princípio da integridade na legislação (princípio legislativo) e pelo princípio da integridade na jurisdição (princípio jurisdicional). O primeiro pode se utilizar especialmente de argumentos de política, e frequentemente assim o faz, almejando criar um conjunto normativo moralmente coerente. Ao segundo, somente é permitido desenvolver argumentos de princípio, não estando à sua disposição os argumentos de política⁵³:

⁵² Em ambos os trechos citados, os destaques são do autor.

⁵³ Desenvolvemos bastante essa compreensão em nossa dissertação de Mestrado, sobretudo a fim de assentar que juízes devem estar constrangidos por uma atitude interpretativa séria e balizados pela doutrina da responsabilidade

Um argumento de princípio pode fornecer uma justificção para uma decisão particular, sob a doutrina da responsabilidade, apenas se esse princípio puder ser demonstrado como consistente com decisões anteriores não reformuladas, e com decisões que a instituição esteja preparada para proferir em futuras circunstâncias hipotéticas. Isso não chega ser fascinante, mas o argumento não se sustentaria se os juízes baseassem suas decisões em argumentos de política⁵⁴ (Dworkin, 1978, p. 88).

Sabendo que os princípios definem direitos e estabelecendo como pressuposto que não se admite a distribuição desigual de direitos, a coerência mais profunda é exigência inata. Por outro lado, como as políticas (*policies*) buscam objetivos de interesse mais geral, frequentemente associados a melhorias para a comunidade política, a busca pela coerência de tratar todas as pessoas da mesma maneira não é exigida em nível mais profundo. Todavia, não convém deixar pontas soltas nesse raciocínio. Conquanto não seja um problema para a integridade um certo tipo de incoerência na formulação das leis e políticas públicas, ainda assim os argumentos de princípio não se tornarão prescindíveis, o que requererá a justificção por meio desses dois tipos de argumentos de maneira conjunta.

Despretensiosamente, podemos imaginar que o Brasil formule leis e políticas públicas para incentivar o esporte, tendo com objetivo confessado se tornar uma das cinco maiores potências nas Olimpíadas nos próximos cinco ciclos olímpicos, equivalente a vinte anos. Certamente, isso reclamará um considerável volume de investimentos públicos e, também certamente, haverá vozes contrárias alegando que o cenário social carece com mais urgência de saúde e educação. O governo declara, justificando suas opções políticas, que o objetivo não são propriamente as medalhas ou as conquistas gloriosas dos atletas que corresponderia a uma certa hegemonia da nação, em seus aspectos políticos internos e externos. A meta mais desejada é correlacionar justamente a educação e a saúde ao esporte, conferindo incentivos a este e promovendo aquelas.

Para concretizar os resultados pretendidos daqui a vinte anos, o investimento não se orienta propriamente aos atletas atuais, mas a toda uma geração futura. Escolas, públicas e privadas, precisarão de incentivos para, por exemplo, permanecerem abertas por mais tempo, envolvendo tanto as atividades educativas quanto as esportivas, e os desempenhos escolares e esportivos precisarão estar correlacionados. Não somente o desempenho dos alunos, mas

política. Essa atitude interpretativa pode ser bem compreendida pela marcante metáfora do “romance em cadeia” (*chain novel*) (Oshiro, 2017).

⁵⁴ Tradução própria. No original: “An argument of principle can supply a justification for a particular decision, under the doctrine of responsibility, only if the principle cited can be shown to be consistent with earlier decisions not recanted, and with decisions that the institution is prepared to make in the hypothetical circumstances. That is hardly surprising, but the argument would not hold if judges based their decisions on arguments of policy.”

também as instituições precisarão da correlação virtuosa. Além disso, sem abordar os benefícios da saúde física relacionados às atividades esportivas, porquanto mais conhecidos e intuitivos, pediatras e psicólogos vêm percebendo que a infância e juventude hiperconectadas aos aparelhos eletrônicos com acesso à internet, sobretudo telefones celulares, vem ocasionando uma “epidemia” de transtornos mentais. Haidt (2024) faz o diagnóstico do sofrimento compreendendo alguns prejuízos causados pela hiperconexão, dentre os quais a privação social e a privação do sono. A prática de esportes (não somente, mas igualmente o simples ato de brincar) incentiva a interação social, bem como provoca estímulos para o descanso. Ademais, “pesquisas mostram consistentemente que adolescentes que praticam esportes são mais felizes” (Haidt, 2024, p. 238). As justificativas são, sobretudo, políticas. Mas há também princípios decantando as políticas, na medida em que, promovendo a educação e as condições de saúde, há sensível melhoria na dignidade das pessoas, particularmente quanto ao princípio da autenticidade, o que celebra certas condições para que os indivíduos possam fazer opções de vida com mais responsabilidade.

Todavia, será incompreensível que, na formulação das estratégias, o governo não tome decisões incoerentes em um certo nível. Não se espera que haja investimentos equivalentes entre o futebol e o críquete. Ou entre o basquete e o esqui. Essas discriminações são instintivas e, à primeira vista, válidas. Entretanto, princípios certamente impedirão as distinções caso se fundamentem em investimento para cristãos, mas não muçulmanos, para atletas da região sudeste e não do nordeste.

Pela situação hipotética descrita, concluímos que direitos podem ser atribuídos por políticas (*policies*) e qualificados por princípios⁵⁵ (Dworkin, 1978, p. 83). Contudo, uma advertência deve ser forte o suficiente para deixar consolidada a compreensão: ainda que leis tenham sido geradas por argumentos de política, os tribunais necessariamente têm de justificar seus pronunciamentos com base em argumentos de princípio. Estando impregnado em nossa consciência que os argumentos de política “não estão à disposição dos juízes para justificarem suas decisões, ainda assim tais argumentos devem ser levados em consideração para que se possa descobrir quais são os princípios subjacentes a essa política” (Oshiro, 2017, p. 40).

Feita a distinção entre princípios e políticas (*policies*), jamais devemos nos esquecer que, mesmo em sociedades que sejam reverentes a uma comunidade de princípios, ainda assim

⁵⁵ Dworkin acrescenta ainda que direitos originados por princípios podem ser qualificados por políticas (*policies*). Na espécie, imaginou casos de programa de subsídios, cujos direitos são conferidos por políticas, e de programa antidiscriminação, cujos direitos se originam de princípios. “In the subsidy case we might say that the rights conferred are generated by policy and qualified by principle; in the antidiscrimination case they are generated by principle and qualified by policy” (Dworkin, 1978, p. 83).

podem ser formuladas leis ou políticas injustas sob alguma perspectiva (Dworkin, 1978, p. 186). Em um Estado Democrático de Direito, conforme afirmamos no item 3.1, a legitimidade é extraída do princípio da igual consideração e respeito, o que afirma a coercitividade do direito. Com esse espectro de legitimidade, pressupondo dever moral de obediência, haveria espaço para outro dever moral que desborda das margens do dever de obediência? Aqui, não estamos discutindo se existe, propriamente, um dever moral de infringir a lei⁵⁶, mas de reivindicar direitos que são ínsitos ao indivíduo enquanto integrante de uma comunidade de princípios, com o sentido de se perscrutar se os cidadãos possuem direitos mesmo *contra* o Estado.

A distinção entre princípios e políticas (*policies*) nos confere uma sólida base para respondermos com uma dimensão mais aprofundada. Levando em consideração que as políticas (*policies*) miram diretrizes estratégicas mais gerais buscando atingir objetivos para fazer avançar a sociedade como um todo, não se mostra exigível que se dediquem detalhadamente a definir as mesmas estratégias com obstinação pelos direitos de cada pessoa enquanto indivíduo, e os ajustes dessa maneira não apresentam qualquer problema para o direito como integridade. Se assim se dedicassem, tentando atribuir a cada pessoa individualmente exatamente aquilo a que tem direito, as políticas (*policies*) se imobilizariam (Dworkin, 2014, p. 266-268).

Por seu turno, considerando essas características gerais das políticas (*policies*), o direito como integridade também não poderia deixar de conferir as devidas dimensões aos direitos de cada pessoa enquanto indivíduo, mesmo porque, entre ou sob as estratégias formuladas, os princípios devem estar sempre presentes⁵⁷.

Por isso, a integridade deve dar a César o que lhe pertence, e os indivíduos merecem proteção especial contra decisões políticas dos governos, ao menos com relação a alguns direitos. Essa proteção especial que a integridade difunde deve merecer lugar de destaque, porquanto, ao identificar quais direitos seriam esses, deve o Estado resguardá-los ainda que isso signifique que a maioria de ocasião não tenha suas expectativas eventualmente atendidas ou, ao menos, na velocidade que esperavam que viessem a ser satisfeitas. Para utilizar a metáfora do vice-presidente de Richard Nixon, esses ventos que sopram sobre a proa do navio do Estado

⁵⁶ Essa referência nos parece obrigatória, na medida em que é marcante a posição de Dworkin sobre as condições em que se admite a desobediência civil.

⁵⁷ É o conhecido argumento de Netuno de Dworkin. “A integridade é nosso Netuno” (2014, p. 222). Assim como o planeta foi descoberto antes da comprovação visual de sua existência, é possível vislumbrar a existência de princípios antes mesmos de perscrutá-los. Independente de uma posição favorável ou contrária ao aborto que levaria a discussões sobre princípios que as fundamentariam, Dworkin argumenta que em situações permissivas previstas em legislação (por exemplo, em caso de estupro), estando ou não de acordo, é possível antever que princípios fundamentam essa opção legislativa. No entanto, se a opção legislativa fosse a permissão do aborto para mulheres nascidas em determinada década, intuitivamente não é possível identificar qualquer presença.

servem, mais que possíveis obstáculos ou atrasos, para corrigir a rota. O mar dos direitos fundamentais, por essência, não pode ser permanentemente calmo. A resistência que o vento impõe impede que se transforme em uma nau à deriva, afinal, “princípios opostos não são contraditórios, são complementares e, portanto, requerentes de seus respectivos opostos” (Carvalho Netto, 2005, p. 128).

Em nossa sociedade, o homem ocasionalmente tem o direito, em um sentido forte, de desobedecer à lei. Ele tem esse direito sempre que uma lei invade indevidamente os seus direitos contra o governo. Se ele tiver um direito moral à liberdade de expressão, então tem o direito moral de violar qualquer lei que o governo, em virtude do seu direito, não tenha direito de adotar. [...] Se eu tenho o direito de expressar o que penso sobre questões políticas, então o governo erra ao tornar ilegal se assim eu o fizer, mesmo que acredite que isso seja do interesse geral⁵⁸ (Dworkin, 1978, p. 192-193).

Até o momento, imaginamos que algumas posições estão claras em nossas argumentações: o governo legítimo exerce a autoridade coercitiva de suas decisões; essas decisões implicam em dever moral de obediência às leis, incluindo os parâmetros desenhados pelas políticas (*policies*); ainda que haja o pressuposto da legitimidade, haverá casos em que direitos individuais sejam afetados, nascendo direitos contra o governo, ainda que diante de suas opções legítimas; esses direitos contra o governo deverão ser resguardados e garantidos, mesmo que as decisões políticas possam causar um benefício que melhoraria as condições de vida da própria comunidade.

Sem embargo do exemplo de Dworkin sobre a liberdade de expressão, que nos serve de guia argumentativo, ainda não conseguimos delimitar quais são proxivamente os direitos que as pessoas possuem contra o governo e que, portanto, podem ser reivindicados. Nesse sentido, é preciso identificá-los. Diante da inconveniência funcional de, na construção das políticas (*policies*), obstinar-se a reconhecer a cada cidadão o que lhe seria de direito enquanto indivíduo, esses mesmos direitos individuais devem ser reconhecidos como trunfos que o Estado é obrigado respeitar caso a caso em situações concretas, ainda que isso sinalize uma concorrência para o avanço geral perseguido pelo governo.

⁵⁸ Tradução própria. No original: “In our society a man does sometimes have the right, in the strong sense, to disobey a law. He has that right whenever that law wrongly invades his rights against the Government. If he has a moral right to free speech, that is, then he has a moral right to break any law that Government, by virtue of his right, had no right to adopt. [...] If I have a right to speak my mind on political issues, then the Government does wrong to make it illegal for me to do so, even if it thinks this is in the general interest”.

À obviedade, “nem todos os direitos legais, ou mesmo direitos constitucionais, representam um direito moral contra o governo”^{59, 60} (Dworkin, 1978, p. 191). Assim, para buscar uma identificação mais apropriada, devemos nos utilizar, novamente, dos fundamentos de legitimidade de um governo e de seus análogos éticos.

Como já mencionamos, Dworkin utiliza a palavra ética para definir o que é viver bem em uma relação do indivíduo consigo próprio (encontrar o sentido da vida), e a moral no aspecto de como esse indivíduo deve tratar os outros. No projeto interpretativo de *Justice for hedgehogs* (2011), Dworkin fez os esforços mais profundos para integrar a moral à ética, a fim de que a moralidade possa influenciar nas dimensões do respeito próprio e vice-versa, possibilitando uma leitura da unidade de valor. O projeto é de interdependência e, conseqüentemente, a moralidade não rivaliza com os interesses próprios. Nesse sentido, ambas, ética e moral pessoal, são desenvolvidas pelo autor não do ponto de vista de definição de quais direitos temos, mas quais responsabilidades nos impele.

Assim, se a moral pessoal e a ética estimulam a busca, enquanto indivíduos, pelas condições indispensáveis para se viver bem mediante responsabilidades interpessoais, e se pensarmos que as comunidades políticas são representadas por pessoas, que possuem poderes especiais que lhes permitem agir em seu nome e representar os interesses da comunidade como um todo, então temos um outro departamento de valor, que é a moral política, distinta da ética e da moral pessoal. É na moralidade política que se busca analisar “o que todos nós juntos devemos aos outros como indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”⁶¹ (Dworkin, 2011, p. 335). Essa forma de abordar e compreender o fenômeno propicia lançar os contornos da moralidade política e, para isso, o melhor ponto de convergência reside na maneira pela qual os direitos podem ser fixados como correspondentes aos deveres do ente coletivo (Dworkin, 2011, p. 336).

Assim, mesmo diante de políticas públicas cuidadosas, satisfatoriamente pensadas e formuladas, que tenham a perspectiva séria de melhorar as condições da comunidade como um todo, ainda assim alguns interesses em particular atuam sobre elas ou delas devem ser

⁵⁹ Tradução própria. No original: “Not all legal rights, or even Constitutional rights, represent moral rights against the Government”.

⁶⁰ Dworkin dá exemplos bastante singelos sobre tais afirmações. Menciona que mudanças de sentido de circulação viária não configuram direitos morais contra esse direito legal (“legal rights”); eventual modificação em periodicidade de eleições prevista na Constituição, desde que observados os procedimentos de emenda constitucional, igualmente não configuram direitos morais contra direitos constitucionais (“Constitutional rights”) (Dworkin, 1978, p. 191).

⁶¹ Tradução própria. No original: “[Political morality] studies what we all together owe others as individuals when we act in and on behalf of that artificial collective person”.

protegidos. Afirmamos isso porque é dever de todo e qualquer governo honrar os princípios da igual consideração e do igual respeito, que apregoam os cuidados da igual importância objetiva da vida de cada pessoa e a reverência pela responsabilidade de cada indivíduo pelas escolhas que faz, e, se assim não o fizer, sua legitimidade decairá, assim como solapará seu fundamento ético.

Aqui é importante recordar uma advertência feita pelo próprio Dworkin. Revisitando com sinceridade seus esforços teóricos, reconheceu que admitia que direito e moral compunham quadros diferentes de normas e, portanto, os descrevia como sistemas separados. Somente depois, ao notar as falhas nesse esquema⁶², substituiu aquele quadro por outro, no qual passou a discorrer o direito como sendo parte da moral política (2011, p. 402; 405).

A leitura dos sistemas que considera a total independência entre o direito e a moral praticamente supõe que a lei, obedecidos os ritos processuais para a criação da legislação, é suprema. Assim, a moral não tem qualquer função relevante a desempenhar⁶³.

Ao rejeitar o sistema separado, Dworkin desenha uma estrutura em árvore cujos ramos são integrados. Da árvore se originam os ramos da ética, da moral pessoal e da moral política e, sob esta perspectiva, o direito é um ramo da moral política⁶⁴. Essa estrutura assim desenhada torna possível integrar todos os departamentos de valor, ou seja, integrar todos os valores em uma única estrutura interpretativa geral (Dworkin, 2011, p. 405-406). Dessa maneira, qualquer valor converge na moral política, assim como a moral política converge com quaisquer valores ou, conjuntamente, com todos. Essa relação integrada é autóctone. Porém, apressadamente Dworkin já recusa qualquer acusação de que, sendo parte da moral, o direito é exatamente aquilo que *deve ser*. O objetivo é o projeto interpretativo e ao perceber que moral e direito fazem parte do mesmo sistema, ou um sistema integrado, consegue argumentar com mais clareza por que a moral influencia (ou, mais perspicazmente, deve influenciar) com agudez nas leis, no direito.

⁶² Para fins do trabalho, não nos parece oportuno descer aos detalhes. Assim, a fim de analisar as falhas percebidas pelo autor, cf. Dworkin, 2011, p. 402 e seguintes.

⁶³ É determinante frisar que, muito embora Dworkin tratasse os sistemas em separado conforme destacamos no texto, o autor admitia que a moral interagira com o direito, na medida em que o direito deveria incluir não somente as regras, mas também princípios justificativos. Essa relação de direito e moral é determinante para a sua doutrina enquanto rival do positivismo, porquanto este defende a independência completa dos dois sistemas. Nesse sentido, cf. Dworkin, 2011, p. 400-402.

⁶⁴ Dworkin afirma: “We can easily place the doctrinal concept of law in the tree structure: law is a branch, a subdivision, of a political morality” (Dworkin, 2011, p. 405).

Adicionalmente, em um sistema integrado podemos compreender melhor a temporalidade do próprio direito, o que nos leva ao “reconhecimento da inevitabilidade do indisponível”:

O passado e o futuro, por definição, são indisponíveis, pois o primeiro somente é passado na medida em que já passou, que já não mais existe; e o futuro, que ainda não existe, só o é na medida em que é futuro. Essas indisponibilidades, contudo, são inevitáveis, porque passado e futuro são construções do presente, nosso passado, embora tenha determinado o horizonte de possibilidades do presente, é sempre reconstruído sob o olhar seletivo e sob as angústias do presente, bem como tudo o que se faz no presente é sempre construção de um futuro (Carvalho Netto, 2021b, p. 112-113).

Assim, a história parece ter muito menos relevância na construção interpretativa quando se resgatam pronunciamentos do passado, de outra época, porquanto nossa sociedade é complexa, plural e mutável. Padrões políticos e morais de um dado quadrante histórico podem já não representar os padrões políticos e morais contemporâneos. A leitura constitucional tem de estar aberta para o passado e, sobretudo, para o futuro e a moral novamente é decisiva, em um sistema integrado, para impedir que o processo se feche. Essa sociedade complexa, plural e mutável se renova permanentemente alimentando-se da própria mudança, o que interdita ao governo qualquer possibilidade de “naturalização de uma única perspectiva moral como a perspectiva moral da sociedade monocrática” (Carvalho Netto, 2021b, p. 118).

A partir dessa perspectiva pluralista e complexa, abrem-se portas para os trunfos, que são os equivalentes políticos da moral pessoal (Dworkin, 2011, p. 329). Os direitos como trunfos (*rights as trumps*) exercem dois papéis relevantes que devem ser observados em suas correspondentes perspectivas: tanto na formulação das leis, quanto no enfrentamento dos casos em concreto. Os trunfos devem ser capazes de influenciar as decisões políticas que reconhecem os direitos individuais (2014, p. 268). Dworkin professa que, para respeitar os direitos individuais na formulação das leis, os governos precisam admitir que devem se esforçar para não definir leis que excluam ou isolem os direitos dos cidadãos por supostas razões de bem-estar geral. Em um Estado Democrático de Direito, formular leis deve representar uma promessa sincera da maioria circunstancial de que a dignidade e a igualdade das minorias serão respeitadas.

O Governo não irá restabelecer o respeito pelo direito sem conferir à lei a possibilidade de ser respeitada. E isso não ocorrerá se abandonar o único aspecto que diferencia o direito de uma brutalidade ordenada. Se o Governo

não levar os direitos a sério, então também não levará a lei a sério⁶⁵ (Dworkin, 1978, p. 205).

Do desenvolvimento acima, torna compreensível de maneira mais abrangente que uma lei ou políticas públicas que desconsiderem essas promessas sinceras incorrem em violação dos direitos individuais e, portanto, nesses casos, reconhecer os direitos contra o Estado fica mais simples. Assim, ainda que o princípio da integridade na legislação não exija a coerência de princípios em nível mais profundo, uma formulação negligente, descuidada, omissa, arbitrária, proporciona a reivindicação de direitos contra essa mesma formulação. Uma política que condicione a distribuição de medicamentos a pessoas de olhos azuis ou verdes, sem que o agravo à saúde que pretenda abranger tenha qualquer correlação com a característica fenotípica, não pode expressar, instintivamente, qualquer justificativa plausível. É um exemplo típico de decisão que realiza uma divisão puramente arbitrária e, por consequência, violadora de direitos. Todas as pessoas que se encontrarem nas mesmas condições de saúde, independentemente da cor dos olhos, deverão estar acobertadas pelo acesso desenhado por esta política descuidada de acesso a medicamentos (Oshiro, 2017, p. 40; 74-75). Nessa hipótese, torna-se desnecessário recorrer-se ao teste do trunfo.

Todavia, a complexidade se situa nas ocasiões em que as leis são formuladas de maneira cuidadosa, com estratégias gerais bem desenvolvidas e preocupadas com as exigências de justiça, assim como considerando a tentativa séria de manter leis coerentes quanto aos princípios expressados pela comunidade política. Nessas situações, percebe-se que as justificações são manifestadas de forma correta igualmente no plano da moralidade política, mas ainda assim alguns interesses individuais devem ser protegidos suficientemente para se sobreporem às medidas que buscaram, prudentemente, algum objetivo para promover o avanço da sociedade como um todo. Esse é o direito como trunfo.

Demos toda essa volta argumentativa para retornar ao enfrentamento inicial sobre quais, então, são os direitos que podem significar os trunfos morais contra o Estado. Naquele momento, adiantamos que deveríamos nos embasar na força moral de legitimidade de uma comunidade política e em seus análogos éticos.

Este princípio da legitimidade é a fonte mais abstrata dos direitos políticos. Um governo não tem autoridade moral para coagir ninguém, ainda que seja para melhorar o bem-estar ou a bondade da comunidade como um todo, a menos que respeite essas duas exigências, indivíduo por indivíduo. Por esse motivo, os princípios da dignidade exprimem direitos políticos muito

⁶⁵ Tradução própria. No original: “The Government will not re-establish respect for law without giving the law some claim to respect. It cannot do that if it neglects the one feature that distinguishes law from ordered brutality. If the Government does not take rights seriously, then it does not take law seriously either”.

abstratos: eles são trunfos em face das políticas coletivas do governo. Formulamos esta hipótese: todos os direitos políticos são derivados desse direito fundamental. Fixamos e defendemos direitos específicos perguntando, em muitos mais detalhes, o que a igual consideração e respeito exigem⁶⁶ (Dworkin, 2011, p. 330).

Por consequência, é necessário compreender as exigências da igualdade, no entanto as respostas não podem ser apriorísticas. Apesar de ser bastante abstrata, a ideia contém uma afirmação bastante sólida, porquanto não admite, desde logo, que se implementem distinções unicamente em razão de religião, cor da pele, gênero, origem, nem interfira nas escolhas éticas de cada pessoa.

A “responsabilidade soberana” de um governo é ser legítimo e, caso tenha sucesso em conferir tratamento de igual consideração e respeito a cada pessoa, será também justo. Todavia, sabemos que nenhum Estado pode ser completamente justo, ainda que se esforce seriamente para proteger a dignidade dos seus cidadãos. Mesmo que opte por escolhas em sua grande parte razoáveis do ponto de vista de justiça substantiva, ainda assim poderá traçar políticas inexitosas e excludentes, ocasionando algum ferimento à dignidade das pessoas (Dworkin, 2011, p. 321-323). Parte de Carvalho Netto a advertência de que toda inclusão social promove a um só tempo também uma exclusão, porquanto, não raramente invisíveis de início, as afirmações de direitos correspondem a algum grau de fechamento de abrangência e, em uma tensão rica e complexa, percebe-se a existência de excluídos desse corpo de titulares reconhecidos (2021c, p. 92).

Assim, não só a justiça, mas também a legitimidade são questões de grau. Quanto mais reverente à igual consideração e respeito, quanto mais promover a proteção da dignidade, mais próximos estarão de uma sociedade mais justa e com importante grau de legitimidade. Sob esse aspecto, se o governo promove alguma exclusão por uma norma desajustada deve ser considerado menos justo, mas não deixa de ser legítimo. Porém, quanto mais profunda for a afetação da dignidade, com mais vigor os trunfos deverão ser invocados (Dworkin, 2011, p. 322-323).

Ainda permanecemos em dificuldade para conseguir raciocinar sobre como invocamos os trunfos, apesar de já termos nos aproximado bastante desde o início. O anseio é

⁶⁶ Tradução própria. No original: “That principle of legitimacy is the most abstract source of political rights. Government has no moral authority to coerce anyone, even to improve the welfare or well-being or goodness of the community as a whole, unless it respects those two requirements person by person. The principles of dignity therefore state very abstract political rights: they trump government's collective policies. We form this hypothesis: All political rights are derivative from that fundamental one. We fix and defend particular rights by asking, in much more detail, what equal concern and respect require”.

por encontrar algo mais concreto, contudo, para a tarefa, Dworkin recorre a uma composição ainda mais abstrata, um direito *mais* fundamental que o próprio direito à igual consideração e respeito, que chamou de direito a uma atitude (*right to an attitude*). Esta formulação pressupõe que as pessoas têm direito a uma atitude do Estado que reflita que a dignidade importa fundamentalmente. Para cumprir o propósito, o teste é interpretativo e pode ser composto da seguinte maneira: “as leis e as políticas (*policies*) de uma comunidade política particular podem ser sensatamente interpretadas como uma tentativa de respeitar a dignidade de todos aqueles que estão sob seu poder, ainda que ao final esta tentativa se mostre fracassada?”⁶⁷ (Dworkin, 2011, p. 335).

A resposta à pergunta será poderosa o suficiente para fazer a distinção entre o erro e o desprezo. Se por um lado o teste é interpretativo, por outro a atitude não pode ser meramente contemplativa ou declarativa. A atitude requerida deverá ser externalizada, ou seja, deverá ser possível perceber o comportamento geral do Estado tendente a atender as exigências do princípio da dignidade em suas duas dimensões enfatizadas por Dworkin, os princípios do autorrespeito e da autenticidade (Dworkin, 2011, p. 335-336). Caso o comportamento do governo possa ser defensável no teste interpretativo, o esforço é capaz de justificar o respeito pela dignidade e, nesse caso, diante de eventual insucesso na tentativa, podemos consignar que pode ter havido um erro governamental que não compromete a legitimidade. No entanto, se é perceptível que a atitude do governo rejeita o que o autorrespeito e a autenticidade requerem, seja de modo geral, seja direcionado a algum grupo específico, vislumbra-se o desprezo pela dignidade, o que compromete a legitimidade.

Assim, torna possível perceber com mais clareza que, variando de erro a desprezo, varia o grau de legitimidade de um governo. Certamente, um governante que declara que as minorias têm que se adequar ao que maioria deseja representa sordidez em suas convicções e diz muito sobre o que pensa a respeito de questões mais importantes de moralidade. Todavia, para afetar a legitimidade propriamente dita, o direito a uma atitude é que trará resposta mais substancial, e será o comportamento, com suas leis e políticas, que determinará o grau de legitimidade que eventualmente tenha sido afetado. Por certo, torna-se evidente que as declarações, considerando as atitudes gerais do governo, influenciarão no teste interpretativo sobre o comportamento governamental, mas não podemos concluir que são categóricas. O contrário também deve ser verdadeiro, na medida em que não são suficientes declarações

⁶⁷ Tradução própria. No original: “Can the laws and policies of a particular political community sensibly be interpreted as an attempt, even if finally a failed attempt, to respect the dignity of those in its power?”.

recheadas de boas intenções, porquanto o que é decisivo é a atitude do governo externada como um todo.

Cabe uma anotação a mais, porquanto julgamos oportuno fazer menção a uma nota explicativa⁶⁸. Dworkin traz uma alegação instigante, por meio da qual defende que, em situações especiais, um direito deve ser considerado como trunfo mesmo que não consiga superar interesses rivais. Como exemplo, expressa casos em que estão em jogo muitas vidas ou a própria sobrevivência do Estado, circunstâncias estas especiais em razão de emergências, graves e urgentes, que justificam que o direito não possa prevalecer sobre o bem comum. Nestas situações, “o trunfo é superado não por justificações correntes, mas por um trunfo mais predominante”⁶⁹ (Dworkin, 2011, p. 473). Mas, então, qual papel o trunfo exerceu, se ele foi superado por uma justificação de meta geral? Muito embora Dworkin não tenha discorrido um maior desenvolvimento no âmbito dessa nota explicativa, no ponto podemos refletir junto com Guest. Em casos de grandes perturbações, o próprio direito busca mecanismos a fim de retomar a situação de normalidade, inclusive prevendo a possibilidade de suspensão de direitos, como no caso de decretação de estado de defesa e estado de sítio, previstos na Constituição Federal (artigos 136 a 141). “O argumento correto é que *em nome dos direitos* você pode suspendê-los *para que possam ser restabelecidos* quando cessar a emergência⁷⁰” (Guest, 2010, p. 67). Por conseguinte, os trunfos são devidamente invocados para que, cessada a circunstância especial, restabeleçam-se imediatamente os direitos que hão de prevalecer. Os trunfos são guardiões indômitos que exercem vigilância incansável a fim de impedir que as leis emergenciais se tornem indefinidas e, tão logo se mostrem superadas as situações especiais, venham a restabelecer a potência dos direitos.

Novamente se mostra apropriado recordarmos do recente episódio dramático que a humanidade presenciou com a pandemia decorrente da covid-19. Em 21 de fevereiro de 2020, em Lombardia, ao norte da Itália, foi registrado o primeiro caso no país. Duas semanas depois, já eram quase 6 mil doentes e, em um mês, a epidemia já se lançara ao sul, tomando todo o território italiano. À medida que a epidemia avançava, o número de infectados e de mortos explodia e, considerando que leitos de UTI de todos os hospitais foram insuficientes, o sistema de saúde colapsava. A quarentena e o isolamento social, medidas mais brandas, não produziram

⁶⁸ Nota nº 1 ao Capítulo 15 de *Justice for hedgehogs: Political rights and concepts* (Dworkin, 2011, p. 473-474).

⁶⁹ Tradução própria. No original: “the trump gets trumped not by an ordinary justification but by a higher trump”.

⁷⁰ Os grifos são do autor.

o resultado esperado. A providência marchou para o lado mais radical e o *lockdown* foi instituído no país integralmente (Ujvari, 2022, p. 297-302).

Como regra geral, percebeu-se que as nações não estavam preparadas e as medidas restritivas, como as adotadas pela Itália, se espalharam pelo mundo determinando a suspensão ou restrição de direitos, sobretudo os que podiam levar à aglomeração de pessoas, como o direito de locomoção e de reunião. Com isso, direitos relativos às empresas e ao comércio também foram afetados, com o fechamento ou restrição de abertura para supermercados, bares, restaurantes, academias de ginástica, cinemas, teatros etc. No Brasil não foi diferente, muito embora tenha suscitado discussões políticas intensas sobre as medidas restritivas sugeridas, inicialmente, pelo Ministério da Saúde. As discussões giravam em torno das prováveis consequências sobre a economia⁷¹, o que sempre foi abertamente objeto de desgosto do então Presidente da República⁷². Não vamos descer às minúcias para rememorar os vários dramas que a pandemia propiciou no Brasil e no mundo, mas, ao menos, convém deixar registrado que foram quase 7 milhões de óbitos em escala mundial decorrentes da covid-19 e mais de 675 milhões de casos, de acordo com os dados disponibilizados pela Universidade Johns Hopkins⁷³. No Brasil, foram quase 700 mil mortes e mais de 376 milhões de casos, conforme dados da mesma instituição⁷⁴.

De toda maneira, a memória e esses números servem para resgatar o senso de emergência daquele momento, possibilitando compreender o cenário especial, grave e urgente por que o Brasil e o mundo passavam. É perceptível que, em tais situações, eventuais reivindicações individuais sobre direitos de locomoção, de reunião e, inclusive, de direitos de

⁷¹ Nesse contexto, uma das declarações mais inacreditáveis veio do Dep. Federal Ricardo Barros. Em entrevista à CNN Brasil, declarou que, com as medidas de restrição de circulação de pessoas, os acidentes de trânsito haviam diminuído, os quais eram causas de faturamento de hospitais privados. "Os hospitais estão quase quebrando. Eles perderam o seu movimento normal, das cirurgias eletivas, os acidentes de trânsito caíram muito – que era um motivo de faturamento dos hospitais". O vídeo completo está disponível no link <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/ricardo-barros-saida-de-teich-e-lamentavel-e-embate-sobre-cloroquina-e-inutil/>, acessado em 15/07/2024; o trecho que mencionamos pode ser visto a partir de 22min. Na época da declaração (em 15/05/2020), o deputado era vice-líder do governo, passando a exercer o cargo de líder na Câmara dos Deputados alguns meses depois, em 18/08/2020, conforme registra a notícia divulgada no link <https://www.camara.leg.br/noticias/685085-deputado-ricardo-barros-e-o-novo-lider-do-governo-na-camara/>, acessado em 15/07/2024.

⁷² O então Presidente da República promoveu várias tensões de enfrentamento às políticas que foram levadas a efeito por Governadores e Prefeitos, as quais visavam, sobretudo, ao controle da disseminação do vírus. O Chefe do Executivo chamava tais medidas de “confinamento em massa”. Para algumas das declarações e sobre o enfrentamento, cf. Oshiro, Menezes, 2022, p. 229-250.

⁷³ Os dados foram extraídos da página da Universidade, no link <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, acessado em 15/07/2024.

⁷⁴ Os dados foram extraídos da página da Universidade, no link <https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>, acessado em 15/07/2024.

desenvolver atividades econômicas ordinárias devem ser superadas pelas justificações de ordem geral, para benefícios da sociedade como um todo, sem que isso signifique vulneração aos trunfos.

Por fim, parece que estamos prontos para invocar os trunfos. Um Estado, um governo somente pode exalar legitimidade se for reverente à igual consideração e respeito a todas as pessoas que estão sob seu domínio. Além disso, deve promover a mais ampliada proteção da dignidade, por intermédio de seus princípios do autorrespeito e da autenticidade. Esses atributos poderão ser apurados mediante um teste interpretativo, por meio do qual se faz uma investigação sobre o direito a uma atitude (*right to an attitude*). Na investigação, será possível perceber se o governo conduz suas práticas respeitando a dignidade e homenageando a sua legitimidade. Os trunfos exercem influência em duas dimensões, primeiro na formulação das decisões políticas e, depois, diante de casos particulares. Assim, conquanto o Estado tenha levado os direitos e as leis a sério, fazendo cintilar sua legitimidade com o avanço dos objetivos da comunidade como um todo, o direito a uma atitude pode revelar algum comprometimento importante da dignidade, o que ensejará, por parte do mesmo Estado, a proteção de direitos individuais. É a manifestação dos direitos como trunfo.

3.4 Riqueza e recursos

A jurisprudência vem se consolidando ao reafirmar sem maiores reflexões que a hipossuficiência é requisito insuperável para demandas relativas à saúde pública. Os que defendem tal ponto de vista argumentam que, aos que possuem capacidade financeira para suportar o custeio com tratamentos de saúde, não seria justo fazer com que a sociedade viesse a custeá-los por meio do pagamento de seus tributos.

O Min. Roberto Barroso, como já repetimos, fez uma reflexão inédita sobre o porquê de a hipossuficiência ser eleita como um critério limitador em seu voto no RE nº 657.718. Ao desenvolvê-la, menciona que seria uma “exigência da solidariedade social”, o que também “permite a redução do impacto da judicialização da saúde”, devendo o “requerente arcar com todos os custos” quando “não houver prova da impossibilidade de custeio”. Em outro momento, o Ministro retoricamente adverte que a problematização da judicialização não se resume à “questão de alocação de recursos escassos na saúde”, ou seja, não seria a ponderação complexa entre a programação orçamentária do Estado de um lado e o direito à vida dos indivíduos de outro, mas a equação do direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e

à saúde de outros. “Por vezes, o valor que é utilizado para custear o tratamento de um único paciente poderia ser aplicado para conferir atendimento de saúde a centenas e até milhares de pessoas”, ponderou o Min. Roberto Barroso.

Em linhas semelhantes, o Min. Alexandre de Moraes, durante o mesmo julgamento, também identifica uma preocupação forte de “preservar a capacidade do Poder Público do Estado de sustentar financeiramente todas as suas políticas públicas”, não somente para a garantia de “assistência médica ao maior número de pessoas possível”, mas também para que o Estado possa exercer os demais deveres igualmente “ligados à efetividade de outros direitos fundamentais”. Já durante o RE nº 1.165.959 (Tema 1161), relator Min. Marco Aurélio, o Min. Alexandre de Moraes estabeleceu-se como redator do acórdão e deixou de empregar quaisquer argumentos para fundamentar a opção pelo critério da “incapacidade financeira do enfermo”, porquanto seria uma premissa consensual.

Percebemos que os argumentos trazidos pela Suprema Corte de um modo geral são retóricos e quase sempre revelam como desfecho a seguinte linha conclusiva: é necessária a fixação de critérios limitativos à judicialização das políticas de saúde considerando o seu excesso; é indispensável a preservação das programações orçamentárias para que o Poder Público possa se desincumbir de outros deveres constitucionais; e por consequência, é insuprimível o balizamento pelo mínimo existencial sobre o que os indivíduos necessitam. Essas razões trazidas aos autos se autossustentam, porque, circularmente, servem de fundamentos para darem suporte entre si.

Enquanto constatações fáticas, e levando em consideração que há demandas “extravagantes ou emocionais” que levam a decisões marcadas por “excesso de ambição”, “falta de critérios” e “voluntarismos diversos”, conforme pontuou o Min. Barroso, todas as lembranças acima sintetizadas são acompanhadas de correção. Realmente, diante de situações hiperbólicas ou que ridicularizam as políticas públicas, até podem ocorrer desarranjos organizacionais representativos dos arroubos retóricos das manifestações jurisdicionais, como de fato reconhecemos em nossa dissertação, que devem ser avaliadas com todo o rigor e consideradas como gravosos embaraços ao direito como integridade (Oshiro, 2017). No entanto, quando utilizadas como que mero discurso contemplativo, as razões evocadas apenas projetam sombras, o que oculta toda a complexidade da discussão e, assim, a redução das complexidades provoca desconhecimento (Carvalho Netto, 2021b, p. 111).

Quando se enfatiza que a judicialização excessiva pode causar consequência sobre todos os usuários do SUS, em especial àqueles que não figuram no polo das demandas judiciais, é como se dissessem que limitar a demanda pode levar ao aumento do bem-estar da sociedade,

porquanto propicia que maiores quantidades de pessoas sejam atendidas ao invés de apenas uma ou poucas. Dessa forma, o Estado teria mais disponibilidade de riquezas para atender um universo maior de pessoas.

Argumentar que se objetiva reduzir o impacto da judicialização equivale a levantar argumentos que uma parcela dos recursos, inclusive financeiros, estão sendo desviados indevidamente e a solução não é propriamente corrigir os desvios indevidos⁷⁵, mas evitar que o Poder Público sofra com esse impacto. Para cumprir tal objetivo, revelando que em alguns casos não é mais possível proteger o Estado em nome da reserva do possível, protege-se agora o Estado deslocando o eixo argumentativo para sobre quem deve recair a responsabilidade pelo custeio dos tratamentos de saúde. À primeira vista, pode parecer um valor justo, afinal, como clichê sedutor, privilegiar “os mais carentes” satisfaz os anseios mais abstratos por justiça. Entre conceder tratamentos somente aos que não podem custeá-los com recursos próprios ou não concedê-los a ninguém, é mais sedutor optar pela primeira via de acesso. Mas, nesse cálculo, por que não pode entrar como antítese a possibilidade de custear o tratamento a todos? A retorsão é breve e imediata: porque há um cenário de escassez de recursos e, na escassez, é imperioso garantir pelo menos o mínimo.

Assim, projetam-se sombras e as coisas ficam ocultas para podermos conseguir ler o texto constitucional em sua melhor luz. Com a formação desse raciocínio, o deslocamento do argumento protege o Estado resultando em sobressaltos, a um só tempo, não somente sobre os mais ricos, mas também sobre os mais pobres que estariam, sedutoramente, albergados pelo justo. Contudo, o que se mostrava justo, porque privilegiava os “mais carentes”, demonstra um perigoso desrespeito à igual consideração e respeito.

Ao se levar em consideração tratamentos para aqueles que não se enquadram na etiqueta da hipossuficiência, o dever de custeio, que deveria ser do Estado, é transferido para o particular. Nesse aspecto, a Suprema Corte é categórica no sentido de que deve o “requerente arcar com todos os custos” quando “não houver prova da impossibilidade de custeio”. Em face dessa construção, o Estado, mesmo quando eventualmente apresentado pelo Poder Judiciário nas demandas judiciais, ingressa no patrimônio particular, exigindo, em nome da justiça, que custeie o tratamento. Por outro lado, é legítimo ao Estado garantir somente o nível mínimo de cuidados de saúde? Muito embora o conteúdo do princípio da igualdade seja extremamente abstrato, o mínimo pode ser considerado seu ilustre representante? Devemos recordar com

⁷⁵ Apesar do óbvio contextual, optamos pela redundância: em nenhuma medida estamos ventilando hipóteses de corrupção.

insistência de que a legitimidade política tem sua origem na igual consideração e respeito e, no contexto da formação social brasileira, com persistente languidez, devemos nos questionar: o objetivo geral da comunidade deve ser a busca pela igualdade ou se satisfaz apenas a redução das desigualdades?

[...] poderíamos pensar que seria sensato concentrarmos em insistir em uma exigência menor e ignorar, pelo menos em um futuro próximo, a mais exigente demanda por uma igualdade plena. Porém, se admitirmos que os membros de uma comunidade que ocupam posições mais confortáveis não devem proporcionar igualdade aos seus concidadãos em posições desconfortáveis, mas apenas um padrão mínimo de vida decente, então se permite que muita coisa se volte à questão essencialmente subjetiva sobre até que ponto um padrão mínimo pode ser considerado decente, e a história contemporânea sugere que é improvável que as pessoas em posições confortáveis deem uma resposta generosa a essa questão. Assim, mesmo no lamentável estado de coisas atual, seria precipitado abandonar a questão de saber se a igualdade, e não simplesmente alguma redução da desigualdade, deve ser um objetivo legítimo da comunidade⁷⁶ (Dworkin, 2002, p. 3).

Esta advertência de Dworkin não nos permite esquecer que quem determina as velocidades das mudanças ou as impede, manejando as fronteiras do tempo, são os mesmos que usufruem do melhor conforto, que não se submetem, nem precisam se submeter, aos níveis mínimos de moradia, de alimentação, de saúde. Nessas condições hegemônicas quase escondidas, as concessões, quando há, são modestas. A íris permite a contração ou dilatação da pupila, controlando a entrada da luminosidade. Diante da escuridão, as pupilas se dilatam e, na melhor luz, o que instantes antes estava invisível, torna-se aparente mesmo quando as luzes são apagadas ou quando sombras são projetadas. A leitura principiológica é a nossa íris, a leitura da Constituição em sua melhor luz não admite a conformação com a oculta manutenção do *status quo*, como afirmamos anteriormente.

A igual consideração exige do Estado tratar a todos e a cada um com imparcialidade, reconhecendo a importância objetiva de cada vida a ser vivida; o igual respeito exige a reverência diante das escolhas feitas por cada indivíduo, não somente não interferindo sobre qualquer opção ética, mas também reconhecendo que as pessoas são responsáveis pelas escolhas que fazem. A situação de cada um, individualmente, não é uma decorrência somente

⁷⁶ Tradução própria. No original: “[...] we might therefore think it wise to concentrate on urging that lesser requirement and ignore, at least for the foreseeable future, the more demanding one of full equality. But once it is conceded that the comfortable members of a community do not owe their uncomfortable fellow citizens equality, but only some decent minimum standard of living, then too much is allowed to turn on the essentially subjective question of how minimum a standard is decent, and contemporary history suggests that the comfortable are unlikely to give a generous answer to that question. So even in the present lamentable state of affairs, it would be unwise to abandon the question whether equality, not simply some lessening of inequality, must be a legitimate community's goal”.

das decisões políticas do Estado ou apenas das escolhas que fazem. Não nos parece correta a postura daqueles que exaltam ou acusam que determinadas pessoas gozam de boa situação ou sofrem por uma má condição por exclusiva responsabilidade pessoal ou, ao contrário, por atuação ou omissão privativa do Poder Público (Dworkin, 2002; 2011).

Estreitando distâncias com Dworkin, compreendemos que a igual consideração deve reconhecer que a maneira pela qual as riquezas se encontram distribuídas envolve indubitavelmente as escolhas privadas, porém sem ignorar que essa mesma distribuição é dependente das decisões políticas dos governos. Parece-nos extremamente equivocada a interpretação de que as riquezas que as pessoas possuem são consequências exclusivas das escolhas individuais, circunstâncias ou méritos pessoais (educação, trabalho, investimentos responsáveis, talento, sorte etc.) e que, portanto, a igual consideração pressuporia que os governos não se intrometessem nessas liberdades.

Os esforços que devemos fazer para superar ideias pré-concebidas de que o acesso aos recursos e riquezas é derivado somente do mérito pessoal passa por concentrar-se na compreensão de que “tudo aquilo que um governo de uma grande comunidade política faz – ou não faz – afeta os recursos que cada um dos seus cidadãos tem e o sucesso que conquista”⁷⁷ (Dworkin, 2011, p. 353). As leis, as políticas públicas e praticamente tudo o mais provenientes do Poder Público são determinantes para um regime de propriedade, para qualquer regime de propriedade. Quaisquer alterações promovidas pelos governos impulsionam modificações na distribuição da riqueza. Com efeito, qualquer Estado põe em marcha uma série de decisões políticas que, conjuntamente, constituem e sustentam um dado sistema de propriedade (Dworkin, 2014, p. 356), fazendo surgir para o mesmo Estado uma obrigação especial fundamentada no princípio da igualdade.

A igual consideração é a virtude soberana de uma comunidade política – sem o que o governo não passa de uma tirania – e quando a riqueza de uma nação é distribuída de modo muito desigual, como a riqueza de várias nações prósperas o são nesse momento, então a igualdade de tratamento fica sob suspeita. **Toda distribuição de riquezas é produto de uma ordem jurídica:** a riqueza do cidadão depende profundamente das leis de cada comunidade – não apenas as leis sobre propriedade, roubos, contratos e delitos, mas também leis de assistência social, fiscais, trabalhistas, direitos políticos e civis, ambientais e de praticamente tudo o mais. Quando um governo promulga ou sustenta um conjunto de leis em detrimento de outro, isso torna previsível que

⁷⁷ Tradução própria. No original: “In fact, everything the government of a large political community does – or does not do – affects the resources that each of its citizens and the success he achieves”.

não somente a vida de algumas pessoas ficará pior, mas também, em grau considerável, quais serão essas pessoas⁷⁸ (Dworkin, 2002, p. 1, grifo nosso).

Portanto, para responder ao desafio sobre os contornos da igual consideração, não podemos afirmar que “os recursos que um indivíduo possui dependem de suas escolhas e não das do governo. Dependem de ambas”⁷⁹ (Dworkin, 2002, p. 353). Desde já desculpando-nos pelas transcrições que, de todo modo, são pertinentes para fixar o que queremos argumentar com insistência, seguimos com outro trecho:

Do ponto de vista de qualquer teoria econômica sofisticada, o controle de um indivíduo sobre recursos públicos faz parte de seus recursos privados. Alguém que tem poder para influenciar decisões públicas sobre a qualidade do ar que ele ou ela respira, por exemplo, é mais rico do que alguém que não tem. Então, **uma teoria geral de igualdade deve encontrar meios de integrar recursos privados e poder político**⁸⁰ (Dworkin, 2002, p. 65, grifo nosso).

O exemplo traçado acima foi o de influenciar ou controlar decisões políticas sobre direito ambiental, a respeito do poder de dominação ou de influência em políticas que afetam o meio ambiente, mas em verdade penetra basicamente em todas as áreas. Em mais um exemplo, ao recordarmos sobre direito urbanístico, conseguir influenciar ou controlar, direta ou indiretamente, o Poder Público a respeito dos desenhos que repercutem no zoneamento urbano (definição de zonas ambientais, de uso industrial, comercial, residencial, de proteção especial etc.), certamente também propicia maior acesso à riqueza. O mesmo se diga sobre influenciar ou controlar modificações sobre leis trabalhistas ou previdenciárias, consoante já enfatizamos quando nos recorremos à caracterização da dromocracia.

As repercussões práticas acerca dessas reflexões podem ser dimensionadas a partir do próprio cenário de desigualdade ultrajante que atravessa o Brasil. Em um recorte arbitrário de nossa parte e ausente qualquer pretensão mais aprofundada, podemos rememorar que mulheres e pessoas negras foram oficialmente privadas de participação política por muito

⁷⁸ Tradução própria, no original: “Equal concern is the sovereign virtue of political community – without it government is only tyranny – and when a nation’s wealth is very unequally distributed, as the wealth of even very prosperous nations now is, then its equal concern is suspect. For the distribution of wealth is the product of a legal order: a citizen’s wealth massively depends on which laws his community has enacted – not only its laws governing ownership, theft, contract, and tort, but its welfare law, tax law, labor law, civil rights law, environmental regulation law, and laws of practically everything else. When government enacts or sustains one set of such laws rather than another, it is not only predictable that some citizens lives will be worsened by its choice but also, to a considerable degree, which citizens these will be”.

⁷⁹ Tradução própria, no original: “So we cannot avoid the challenge of equal concern by arguing that the resources an individual has depend on his choices, not government’s choices. They depend on both”.

⁸⁰ Tradução própria, no original: “From the standpoint of any sophisticated economic theory, an individual’s command over public resources forms part of his private resources. Someone who has power to influence public decisions about the quality of the air he or she breathes, for example, is richer than someone who does not. So an overall theory of equality must find a means of integrating private resources and political power”.

tempo. Importa lembrar que as mulheres somente obtiveram o direito de votar há menos de um século, em 1932 com o Código Eleitoral (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932⁸¹). Por sua vez, pessoas negras foram tolhidas da participação política em primeiro lugar por suas condições de escravizadas e, depois, por suas condições de analfabetas, na medida em que não lhes era garantida a educação. Aliás, o obstáculo dessa segunda condição somente foi afastado em tempo muito recente, com a Constituição de 1988⁸². Nesse cenário de consternação, ainda mais perturbadora é a condição da mulher negra. “Ser negra, pobre e mulher demarca a posição de vulnerabilidade extrema na sociedade brasileira”, ou seja, depois de ninguém, a mulher preta é última da fila (Alves, 2017, p. 107).

Como consequência do alijamento político, mulheres, pessoas negras e, sobretudo, mulheres negras se viram afastadas por muito tempo de toda forma de tentativa de influência oficial, o que poderia explicar ainda hoje, por exemplo, a dificuldade de acesso a cadeiras nos parlamentos municipais, estaduais e federais, às carreiras jurídicas, aos níveis de liderança ou cargos mais elevados nas organizações privadas, aos bancos da academia, etc. Delimitar como ponto de partida noções “desistorizadas”, isto é, discursos sem história, pressupõe percepções universalizadas e leitores universais, correndo-se o grave e provável risco de produzir vazios semânticos (Duarte, 2020, p. 109).

Nossa inocência não nos deve permitir esquecer que todo Estado é resultado do acúmulo ou da concentração de vários tipos de capital (capital da violência, capital jurídico, capital econômico, capital cultural etc.) e a sua construção é disputada no campo do exercício do poder. Nesse contexto, é possível perceber que o Estado invoca para si o “direito de exercer a violência simbólica legítima” (Bourdieu, 1996, p. 114), de maneira que diversos atos arbitrários historicamente constituídos e consolidados já não são percebidos como tais. Muito do que se apresenta hoje como atitude natural “foi, com frequência, alvo de lutas e só se instituiu ao fim de enfrentamentos entre dominantes e dominados. O principal efeito da evolução histórica é o de abolir a história” (Bourdieu, 1996, p. 119-120).

Ao promover uma leitura e releitura acompanhada da noção em sua historicidade, e se obtivermos sucesso, torna-se mais complexa a tarefa de ocultar que mulheres e homens

⁸¹ A propósito, em alusão a essa imensurável conquista, no dia 24 de fevereiro é oficialmente celebrado o Dia da Conquista do Voto Feminino no Brasil, instituído pela Lei nº 13.086, de 08 de janeiro de 2015.

⁸² A Constituição de 1824 previra o sufrágio censitário, excluindo “os que não tiverem de renda líquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos” (art. 92, inciso V). Todas as demais Constituições brasileiras previram cláusulas proibitivas para que analfabetos se alistassem como eleitores. Somente a Constituição Federal de 1988 admitiu, facultativamente, o alistamento eleitoral para analfabetos (art. 14, § 1º, inciso II, alínea ‘a’).

permanecem em distintas posições porque não partem da mesma posição jurídica. Identicamente, torna-se mais arriscado dissimular que “negros e brancos acessam desigualmente direitos e oportunidades na história do País” (Duarte; Freitas, 2019, p. 172) e, portanto, continuam a resultar em consequências perversas para a população negra. Aqui, “a crítica à branquidade⁸³ não é um jogo de efeitos de verdade e representação do poder acadêmico, mas uma luta cotidiana de resistência” (Duarte, 2020, p. 98).

Em um mundo no qual o preconceito prospera, ou no qual a desordem das estruturas sociais pode ser mais bem explicada pelo preconceito histórico, as atitudes e atos podem ser melhor compreendidos como expressão do preconceito sempre que não houver alguma indicação profundamente contrária⁸⁴ (Dworkin, 2011, p. 282).

Desta maneira, colocando em relevo essa ótica e apenas para reafirmar o que expusemos até aqui, concluímos que a preocupação com a distribuição de riquezas da nação deve ser fruto da história e do histórico preconceito. Sendo causa e consequência, a distribuição inigualitária fustiga e maltrata a igual consideração, cujo confronto deve ser elevado ao compromisso de uma obrigação especial do Estado. Ademais, no Brasil, essa obrigação especial está inclusive explicitada no texto constitucional como objetivo fundamental da República, de maneira que o governo, todo governo, precisa se guiar pela justa distribuição a fim de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inciso III). Assim, não deve haver dúvidas de que leis e políticas públicas sobre saúde determinam a distribuição da riqueza de uma nação (Oshiro, 2017, p. 31).

Recapitulando o que já reproduzimos, os recursos individuais que cada pessoa tem incorporado em seu patrimônio dependem de suas próprias escolhas, mas não somente. Esses recursos também são dependentes de um regime de propriedade que o Estado cria, mantém e sustenta. Assim, o que Estado faz ou deixa de fazer, deliberadamente ou por simples omissão, repercute sobre o que as pessoas possuem. Mas repercute da mesma forma sobre o que as pessoas não possuem. Não se apresenta qualquer neutralidade nessas opções expostas. Não há, nem nunca houve. Se estamos insistentemente argumentando e repetindo, correndo o risco de envolver uma espiral exaustiva ou até enfadonha, é porque tal perspectiva nos aparenta tão invulgar ou, ao menos, não habitual.

⁸³ Conforme enfatiza Duarte, deve ficar pontuado que o termo branquidade indica “sistemas de poder” e não grupos de indivíduos. Assim, “ser branco” não é ontológico, decorrente da epiderme, mas uma historicidade; “ser branco” ou deixar de sê-lo não são simples manifestações de opção pessoal, desejos ou construções individuais (2020, p. 105).

⁸⁴ Tradução própria. No original: “In a world in which prejudice thrives, or in which social structures can best be explained by historical prejudice, attitudes and acts that track that prejudice are best understood as reflecting the prejudice absent some strong contrary indication”.

Como exemplo, podemos trazer a monografia de Joaquim Barbosa sobre ações afirmativas, obra levada a efeito ainda antes de se tornar integrante da Suprema Corte, da qual captamos o seguinte excerto:

A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas **ideias-chave a noção de neutralidade estatal**, que se expressa de diversas maneiras: não intervenção em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. [...] Como se sabe, **a ideia de neutralidade estatal** tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, países com longo passado de escravidão (Gomes, 2001, p. 36, grifo nosso).

Ao introduzir o assunto, o autor produziu reflexões sobre o princípio constitucional da igualdade e também sobre as razões pelas quais, mesmo passados anos e séculos, a posição de inferioridade de certos grupos historicamente discriminados pouco ou nada modificou. Assim, constatou que a reversão do quadro histórico de dominação de uns e subordinação de outros somente seria viável “com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica” (Gomes, 2001, p. 37).

Outro trabalho que podemos citar é de Cármen Lúcia, igualmente desenvolvido antes de integrar o Supremo Tribunal Federal e identicamente ao fazer abordagens sobre as ações afirmativas. Em seu artigo, a autora chama atenção para uma distinção entre a igualdade meramente formal e a igualdade jurídica. Aquela, com conteúdo acanhado e “despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica” (1996, p. 284), inclinada apenas para uma vedação a preconceitos e discriminações e, por isso, basicamente ineficiente. Por outro vértice, Cármen Lúcia promove uma leitura emancipatória da Constituição de 1988, defendendo a inauguração de uma “nova concepção do princípio constitucional da igualdade jurídica” (1996, p. 293) ao evocar inúmeros dispositivos constitucionais a fim de deixar evidente que o novo arcabouço constitucional não mais admitia, segundo sua visão, a mera igualdade instrumental. Apenas para ficar em um exemplo, a autora destacou os objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º, mediante o qual se explicita um rol de verbos que indicam ação, movimentos, e que também por isso justificavam posturas públicas (e privadas) mais ativas, justificando por consequência as ações afirmativas. Como síntese, discorre que se torna visível a passagem de um conteúdo inerte, estático e negativo “a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele [princípio da igualdade] apenas se proibia a desigualação jurídica a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica” (1996, p. 294).

Portanto, fica evidente que Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia partiram de um pressuposto que o Estado falhou em razão de sua histórica postura de neutralidade, cujas leituras e práticas eram assombradas por um conteúdo inerte ou estático do princípio da igualdade. Nada obstante não almejamos qualquer pretensão de analisar e desafiar os propósitos e a elevada qualidade dos desenvolvimentos dos trabalhos citados, os pressupostos dos fracassos apontados por ambos os autores, fracassos com os quais concordamos, se mostram muito ao contrário do que insistimos. Com todo efeito, os fracassos delineados não se originaram da neutralidade ou da estaticidade do Estado, mas de uma atuação decisiva para construir um regime jurídico que mantivesse as possibilidades discriminatórias e preconceituosas. A manutenção do *status quo* é resultado dessa atuação oficial.

Por todo esse desenvolvimento, observa-se de maneira mais aguda que Dworkin busca formular uma teoria que ambiciona uma verdadeira integração entre o poder político e recursos privados, de forma que os recursos pertencentes ao patrimônio dos indivíduos possam corresponder tanto à responsabilidade pessoal particularmente considerada quanto à responsabilidade política. Sua concepção de igualdade, que denominou de igualdade de recursos, é convidativa, na medida em que se alinha com sua concepção do princípio da dignidade. A igualdade de recursos, a nosso juízo, não tem um compromisso exclusivo com a redistribuição dos recursos, nem pode ser apontada com uma finalidade redistributiva em si mesma.

A concepção da igualdade de recursos é poderosa o suficiente para firmar um compromisso com a dignidade e é orientada pelo objetivo mais singular de respeitar as opções éticas dos indivíduos sobre as escolhas que emolduram o melhor quadro de uma vida a ser vivida e, coetaneamente, de assegurar que sejam responsáveis por essas mesmas escolhas. Portanto, as escolhas que cada um faz devem ser ditadas pela autenticidade e não devem ser impostas mediante dirigismos políticos sobre qual é a melhor vida a ser vivida. Juízos coletivos sobre o que é importante na vida anulam a autenticidade e, conseqüentemente, castigam a dignidade (Dworkin, 2002; 2011).

Para avançar um pouco mais, precisamos falar sobre os recursos, porque proporcionam uma vida digna conforme as próprias decisões de cada pessoa e, neste espaço, faz-se primordial distinguir os recursos pessoais dos recursos impessoais. Recursos pessoais são aqueles próprios da pessoa enquanto indivíduo, como a saúde, o talento, a capacidade física e mental. Recursos impessoais são os que não são conectados aos indivíduos, como o dinheiro e outras manifestações de riqueza. É preciso compreender que, nessa distinção, somente os recursos impessoais são transferíveis e, portanto, apenas estes podem ser objeto de distribuição

mediante transações econômicas ou redistribuição por iniciativa dos governos por meio da tributação ou outras maneiras legítimas (Dworkin, 2011, p. 355).

Também por isso, percebe-se uma importante imbricação do mercado econômico com a teoria de Dworkin. “O mercado livre não é inimigo da igualdade, como frequentemente se supõe, mas imprescindível à igualdade genuína. Uma economia igualitária é basicamente uma economia capitalista”⁸⁵ (Dworkin, 2011, p. 357). Além disso, para concepção da igualdade de recursos, a melhor maneira de avaliar situações adequadas ao princípio da igualdade é em termos financeiros, “não porque o dinheiro seja mais importante do que qualquer outra coisa”, mas, por ser o mais abstrato, é o melhor padrão a ser utilizado (2014, p. 364). Todavia, isso não supõe de nenhuma maneira que uma vida com mais dinheiro é mais virtuosa ou mais bem sucedida (Dworkin, 2011, p. 363) e, portanto, os recursos não são fins em si mesmos.

De toda maneira, se somente os recursos impessoais podem ser objeto de redistribuição, qual a função dos recursos pessoais para esta concepção de igualdade? Ou não têm papel algum? De fato, o talento ou as predisposições genéticas não podem ser objeto de transferências pessoais, mas, inobstante, também eles devem exercer influência na concepção da igualdade de recursos. As desvantagens relacionadas aos recursos pessoais embarçam, e às vezes obstruem por completo, o acesso aos bens impessoais. Em tais casos, a concepção deve visar ao incremento dos recursos impessoais daqueles cujos recursos pessoais interferem de alguma maneira (Dworkin, 2002, p. 300). Mas essa alegação não pressupõe em nenhuma medida a perseguição a uma igualdade plena (*flat equality*), porquanto esta é despida de qualquer significado moral⁸⁶ (Dworkin, 2011, p. 346-347). Consumir ao invés de poupar, descansar ao invés de trabalhar, recitar poesias ao invés de estudar são opções éticas e o objetivo mais singular é respeitá-las, sem interferência. A igualdade plena corrompe essas opções e, por consequência, a dignidade, porque faz desmoronar a responsabilidade pessoal de cada um por suas escolhas.

Em nossa dissertação, desenvolvemos com alguns pormenores o tratamento da igualdade de recursos relacionados à compensação decorrente da falta de talentos, por motivo

⁸⁵ Tradução própria. No original: “A free market is not equality’s enemy, as is often supposed, but indispensable to genuine equality. An egalitarian economy is a basically capitalist economy”.

⁸⁶ Dworkin enfatiza essa inexistência de valor moral também em *Sovereign virtue* (2002, p. 2): “It saddles the “old” left with the idea that genuine equality among citizens holds only when everyone has the same wealth, cradle to grave, no matter whether he chooses to work or what work he chooses – that government must constantly take from the ants and give to the grasshoppers. But no one, I think, would seriously propose this as a political ideal: **flat, indiscriminate equality is not just a weak political value, or one that is easily overridden by other values. It is no value at all:** there is nothing to be said for a world in which those who choose leisure, though they could work, are rewarded with the produce of the industrious” (grifo nosso).

de doença, desemprego ou, inclusive, má sorte⁸⁷. Parece não ser o caso de refazê-lo aqui, mas podemos recortar a atenção sobre o foco temporal a ser considerado. Sob a doutrina de Dworkin, defendemos que a igualdade deve ser *ex ante* e não *ex post*. Realmente, equiparar *ex post* aqueles que perderam seus empregos, inclusive por má sorte, porque vieram a adoecer ou se tornaram incapacitados, aos que, por melhor sorte, prosseguiram no mercado de trabalho porque mantiveram boa saúde, seria irracional por fazer ruir a responsabilidade individual e, em última medida, “ao invés de elevar o nível econômico de todos, [a comunidade] experimentaria uma redução à miserabilidade universal”. (Oshiro, 2017, p. 59). De maneira simplória, se pensarmos em dois investidores sérios, cuidadosos e atentos aos melhores indicadores financeiros e de mercado, poderíamos imaginar que um deles teve melhor sorte que o outro. O foco *ex post*, equiparando os resultados auferidos, eliminaria essas escolhas, ainda que houvesse algum ou muitos elementos de sorte, o que desencorajaria os investimentos da sociedade como um todo (Dworkin, 2011, p. 358-359).

Podemos imaginar outra situação. Sensivelmente, duas irmãs igualmente zelosas com suas condições de saúde, boa e equilibrada alimentação, atividades físicas regulares e periódicas, evitam excessos e possuem bons empregos, equivalentes em remuneração e benefícios, o que não traz maiores preocupações familiares. A única diferença entre ambas é que Afrodite se submete rotineiramente a exames periódicos de saúde e Vênus, não. Esse fato não retira o zelo de Vênus por sua saúde, pois há uma corrente na medicina⁸⁸ que vem ganhando espaço e que compreende que rastreamentos em busca de diagnóstico precoce estão associados a riscos consideráveis. Afrodite, precocemente diagnosticada com uma certa doença, inicia terapias para recuperar sua saúde, mas com elas vêm efeitos indesejados que comprometem seu bem-estar de outras maneiras associadas. Com isso, Afrodite precisa abandonar seu emprego, porque julga necessário prestar ainda mais atenção em recuperar sua saúde e, de fato, após aproximadamente 10 anos, está livre do mal que a acometeu. Vênus, que não se submetia ao que a medicina mais tradicional chama de exames de rotina⁸⁹, descobre a mesma doença, porém

⁸⁷ Nesse sentido, cf. Oshiro, 2017, p. 40-61.

⁸⁸ É o movimento conhecido como *Slow Medicine*, ou Medicina Sem Pressa, fundado na Itália em 2011 e inspirado no movimento *Slow Food*. O *Slow Medicine* busca “conter os efeitos da corrida da hiperprescrição”, “respeita os tempos da saúde e da doença”, “evita o desperdício de recursos econômicos com procedimentos supérfluos ou excessivos”, “adota os resultados das pesquisas científicas, mas sem aceitar as novidades antes que o tempo e os controles adequados consolidem as indicações”. Bobbio é incisivo: “medicina demais faz mal”. (Bobbio, 2020, p. 158-160).

⁸⁹ Sobre a mamografia de rotina, Bobbio anota: “Muitos dados foram acumulados ao longo dos anos sobre a **utilidade do rastreamento para o carcinoma de mama** e é possível obter informações preciosas sobre seus efeitos colaterais e **sobre o percentual de mulheres que não deveriam tê-lo realizado**. Entre as mulheres que se

entre 6 e 7 anos após o diagnóstico *precoce* da irmã. Contudo, ao invés de fazer outros rastreamentos, mais exames de controle, mais terapias, consegue curar-se do mal e também pôde manter-se no mercado de trabalho durante todo o tempo. Uma compensação *ex post*, uma vez mais, mostra-se irracional.

Dessa maneira, toda a atenção é dedicada ao modo como os recursos são acessados e distribuídos. Como notou Dworkin (2011, p. 355), isso pode parecer perverso, afinal se os recursos não são a finalidade precípua, por que dedicar-lhes tanta atenção? Por que concentrar tantos esforços sobre algo que é valorizado singelamente como meio? Como acentuamos, a igualdade de recurso não tem compromisso exclusivo com a solução política redistributiva. Sensatamente, não é razoável imaginar que a riqueza tenha valor em si mesma e que alguém possa defender isso. Aliás, Dworkin acredita que isso é obvio: “pessoas querem recursos não apenas para tê-los, mas para fazer alguma coisa com eles”⁹⁰ (2002, p. 303). Assim, muito embora os recursos não componham a finalidade a ser almejada, compõem o meio para atingir uma vida mais digna, consoante as opções éticas que cada indivíduo emoldura para si. Uma vez tornada possível a obtenção dos recursos, cada pessoa em sua individualidade conduz as rotas ao destino como lhe aprouver, segundo as conveniências das preferências pessoais. Reinante a dignidade em uma comunidade política, a preocupação recairá sobre a distribuição justa dos recursos; a seleção dos fins caberá aos seus cidadãos (2011, p. 355-356).

Portanto, esta concepção respeita a igual consideração e considera o igual respeito. A solução política do governo baseada nessa concepção tem potencial para demonstrar igual preocupação e prestigiar as decisões pessoais de todos e de cada um e, conseqüentemente, propiciar que os cidadãos façam escolhas autênticas e assumam responsabilidades sobre elas.

Ela [igualdade de recursos] presume que tratamos as pessoas com igual consideração apenas quando permitimos que cada um projete sua própria vida,

submetem a uma mamografia, 19 a 30% obtêm um diagnóstico indevidamente alarmante, e **quase a metade receberá um falso diagnóstico no arco de dez anos**, o que implica a repetição de exames de controle, ansiedade e estresse desnecessários e **um percentual de biópsias supérfluas**, que varia entre 7 e 10%. Sabe-se que 99% das mulheres com mamografia positiva serão submetidas à intervenção cirúrgica; 70%, à radioterapia e terapia hormonal adjuvante; e 25%, à quimioterapia, ainda que, **para um quarto dessas pessoas, o benefício do tratamento seja provavelmente nulo**. Visto que quanto mais controles se realizam, mais aumenta a probabilidade de deparar-se com um falso positivo, a US Preventive Services Task Force, em 2009, recomendou a realização de mamografia a cada um ou dois anos após os quarenta anos e a cada dois anos após os cinquenta; a American Cancer Society atualizou as indicações de rastreamento, reduzindo a frequência das mamografias após os cinquenta e cinco anos, e o sistema de saúde suíço não recomenda mais mamografias periódicas” (2020, p. 91, grifo nosso). Com alguma ironia, diz-se que a pessoa sábia é aquela que não se submeteu ainda a exames, especialmente levando em conta o progressivo avanço da tecnologia em saúde (Bobbio, 2020, p. 18).

⁹⁰ Tradução própria. No original: “[...] the point I just called obvious – that people want resources not simply to have them but to do something with them”.

conscientes que suas escolhas resultarão, entre outras consequências, em impactos sobre sua própria riqueza⁹¹ (Dworkin, 2011, p. 363).

Nas demandas de saúde pública, como já ilustramos, a Suprema Corte escolhe a riqueza como requisito preliminar para definir se a parte possui ou não direito contra o Estado. A capacidade financeira, ou melhor, a incapacidade financeira é elemento essencial para conferir os contornos do direito individual à saúde. Assim, para o STF, prevalecendo a justificção do Min. Roberto Barroso, temos as seguintes definições para os contornos do direito à saúde: de início, havendo políticas públicas constituídas, o programa envolve abrangência universal, independentemente da riqueza que cada um ostenta; depois, não havendo política pública constituída, dependente de pronunciamento do Poder Judiciário, o direito já não terá mais abrangência universal e, mesmo sem definir primeiro o que é direito à saúde, o passo preliminar, antes de qualquer coisa, é questionar se quem pleiteia possui condições financeiras para custear ou não o tratamento desejado.

Então, a Corte está dizendo que a riqueza integra internamente o conceito, é parte integrante do direito à saúde. Ou melhor, será parte integrante exclusivamente se a pessoa interessada não dispuser de capacidade financeira. A riqueza, portanto, tem um papel decisivo na definição do direito. Para quem tem riqueza, o fenômeno é excludente. Para quem não tem riqueza, o fenômeno é exclusivo. Entretanto, paradoxalmente, a riqueza aqui exerceu uma função secundária para a igualdade. Podemos dizer que é um paradoxo porque, sob esse argumento, a riqueza tem um fim em si mesma, mas é anódina, porquanto foi apenas um instrumento servil para um cálculo *ex post* da igualdade. Por outro viés, para a igualdade de recursos, muito embora a riqueza seja um meio, não tendo um fim em si mesma, exerce um papel fundamental, porque se presta à avaliação *ex ante* da igualdade.

3.5 Preferências, escolhas e dignidade

Para conferir uma estatura apropriada à dignidade, na dimensão da responsabilidade, há de se fazer distinção entre acasos e escolhas. A diferenciação suscitada admite analisar os limites para a responsabilidade, mais precisamente estabelecer as circunstâncias em que os indivíduos precisam assumir sozinhos os eventos que lhes são próprios

⁹¹ Tradução própria. No original: “It presumes only that we treat people with equal concern when we allow each to design his own life, aware that his choices will have, among other consequences, an impact on his own wealth.”

e os que devem ser de alguma maneira compartilhada. “Minhas escolhas estão entre as causas dos meus atos, mas não entre as causas da minha predisposição genética a doenças particulares”⁹² (Dworkin, 2002, p. 287).

Essa distinção se demonstra útil na medida em que as escolhas figuram como situação da proteção ao princípio da autenticidade, o que repercute na responsabilidade pessoal por tais escolhas. Por sua vez, o acaso não se identifica com a autenticidade, sendo decorrência do infortúnio ou da má sorte. Os acontecimentos derivados do acaso não refletem em responsabilidade pessoal e, por consequência, as desvantagens correlacionadas merecem atenção por parte da comunidade política. Com essa distinção, Dworkin afasta-se da concepção de igualdade que tem o bem-estar como valor preponderante, pois, em um extremo, ter preferências e gostos dispendiosos podem provocar o bem-estar para algumas pessoas, mas a impossibilidade de optar por eles por não poder custeá-las não pode significar um erro da igualdade. Nesse aspecto, podemos vislumbrar que os recursos que possuímos certamente condicionam nossas preferências e influenciam no juízo da responsabilidade.

[...] quase todas as nossas preferências, incluindo todas as importantes, estão absorvidas em juízos que tornam essas preferências sensíveis, em vasto grau, a suposições sobre a riqueza que temos expectativa de obter. Supondo que eu endosse e, portanto, tenha uma determinada ambição, isso me fará refletir sobre as consequências que terei para o resto da minha vida ao perseguir essa ambição, e essas consequências dependem dos recursos em geral que posso prever, ao menos dentro de uma ordem de magnitude, que estarão disponíveis para mim. Eu poderia, é verdade, pensar que alguma ambição é tão importante que eu esteja disposto a me empobrecer apenas pela chance de realizá-la⁹³ (Dworkin, 2002, p. 296).

Por seu turno, a personalidade também exerce influência sobre as decisões. Se tenho mais aversão ou apresento mais tolerância a riscos, as decisões de investimento estarão moldadas por essa característica da personalidade. Quando derivadas de escolhas, cada um assume sua responsabilidade pessoal pelos resultados da expressão da personalidade, inclusive. Porém, se tenho acesso limitado a recursos, mesmo irrefletidamente minha personalidade não recomendará, de forma singela, que eu deguste vinhos sofisticados ou carnes Wagyu, pois minhas preferências estão condicionadas pela minha riqueza.

⁹² Tradução própria. No original: “my choices are among the causes of my acts, but not among the causes of my genetic predisposition to particular diseases”.

⁹³ Tradução própria. No original: “[...] almost all our preferences, including all the important ones, are soaked in judgments that make these preferences sensitive, to a vast degree, to assumptions about the wealth that we are likely to have. Whether I endorse and therefore have a particular ambition turns on my judgment about the consequences for the rest of my life of pursuing that ambition, and those consequences depend on the overall resources that I can predict, at least within an order of magnitude, will be available to me. I might, it is true, think some ambition so important that I am willing to pauperize myself just for a chance to realize it”.

Os recursos pessoais, como o talento, semelhantemente condicionam as preferências. “Nossas preferências moldam os talentos que estamos dispostos a desenvolver e são moldadas pelos talentos que acreditamos possuir”⁹⁴ (Dworkin, 2011, p. 359). A obsessão de Kobe Bryant por treinar é muito conhecida e relatam que era capaz de ficar três horas seguidas treinando apenas um movimento. O próprio Kobe afirmava que iniciava seus treinos todos os dias às 4h da manhã, com vários outros durante o dia. Sua lógica era simples: praticando dessa maneira, após alguns anos com a mesma rotina, não importará o que os outros adversários farão, mas nunca conseguirão obter o mesmo nível técnico⁹⁵. Kobe foi um dos maiores da história da NBA⁹⁶, com cinco títulos pelo Los Angeles Lakers, além de outras glórias pessoais⁹⁷. Nasceu com talento extraordinário, fez escolhas, deixou alternativas para trás e moldou seus dons a um nível igualmente extraordinário. Colheu frutos e inspirou. Mas tudo isso poderia não ter ocorrido caso, antes das glórias, tivesse, por exemplo, sofrido uma lesão incapacitante. Ainda assim, a responsabilidade pelas escolhas seriam suas com a mesma intensidade. A dignidade exige responsabilidade pessoal pelas escolhas. Outrossim, seria grosseiro depreciar os esforços que foram empreendidos a fim de que o talento fosse moldado como foi, todavia o talento é também questão de sorte, não apenas no sentido de tê-lo, mas também de ser contemporâneo de uma sociedade que valoriza esse talento. Se Kobe fosse coevo a da Vinci, esse seu talento reconhecido no mundo atual certamente não seria valorizado.

Obviamente, da mesma maneira, a má sorte influencia e condiciona as preferências que externamos. Pacientes com asma grave não poderão escolher a prática de esportes que exijam capacidade respiratória intensa ou, às vezes, qualquer esporte. Pode ser que, a partir de pesquisas bem-sucedidas com células-tronco, sejam desenvolvidas terapias inteligentes que possam exercer uma ação responsiva automática no organismo diante de iminentes crises anormais das vias aéreas. Todavia, pela inovação tecnológica, os valores do tratamento se tornariam quase proibitivos. Acesso restrito a recursos financeiros evidentemente imporia certas barreiras à escolha por esse tipo de tratamento, o que significaria a persistência na limitação de escolhas para atividades esportivas. Se porventura o SUS, uma vez disponibilizada

⁹⁴ Tradução própria. No original: “Our preferences both shape the talents we are disposed to develop and are shaped by the talents we believe we have”.

⁹⁵ Esse depoimento de Kobe Bryant pode ser visto no YouTube (*Start earlier*), disponível no link <https://www.youtube.com/watch?v=hMqEAIrk-SY>, acessado em 30/07/2024.

⁹⁶ *National Basketball Association*, dos Estados Unidos da América, considerada a principal liga de basquete do mundo.

⁹⁷ Refiro-me às glórias esportivas, que foram muitas. Mas, curiosamente, também foi vencedor do Oscar 2018, pelo melhor curta-metragem de animação, *Dear Basketball*.

no mercado, fizesse a opção por não incorporar a tecnologia em seus Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas diante de um sério estudo do custo-benefício, molestaria a dignidade? Tais limitações teriam o condão de violar a dignidade, porquanto o paciente não poderia exercer, em plenitude, a preferência por uma opção que melhor acomodaria seus anseios por uma vida bem vivida?

A igualdade de recursos não tem ambição de equiparar as opções de escolhas, nem em quantidade, nem em qualidade. Ela tem uma preocupação com a dignidade, com a autenticidade. De fato, nossas relações estão necessariamente interligadas com o ambiente cultural, social, econômico, histórico, político etc. Somos direta e indiretamente influenciados por essas relações. A autenticidade busca colorir as opções éticas que os indivíduos emolduram para si conforme as influências exercidas pela realidade de cada ambiente em que se encontra imerso. Algumas paletas terão mais cores que outras, porém, preservada a independência ética de escolher as que melhor representam a importância de sua vida, o quadro da dignidade, embora às vezes restringido pelas poucas cores da paleta, estará preservado. As influências e os influxos da persuasão não são problema para a dignidade, mesmo porque são inevitáveis em uma democracia. Problemas residem no domínio e na subordinação. “A indignidade repousa na usurpação, não na limitação”⁹⁸ (Dworkin, 2011, p. 212).

Pertinente abrir pequenos parênteses para afirmar, na concepção de Dworkin, que os termos autenticidade e autonomia (*autonomy*) não devem ser confundidos. Autenticidade são as aberturas de opções éticas genuínas, mesmo que não existam tantas cores na paleta. Autonomia (*autonomy*) são aberturas manipuladas que eliminam ou dificultam as verdadeiras escolhas éticas, pois só aparentemente são deixadas opções à escolha. Nesse caso, são mantidas opções para que os cidadãos de uma comunidade possam exercer um poder de escolha artificial, mas sob as diretrizes de uma cultura manipulada que remove ou torna mais improvável a inclinação por certas maneiras de conduzir a vida que são reprovadas por um juízo coletivo. Diante dessas opções artificiais e revelada a distinção, pode-se até defender que a autonomia resta preservada, mas a autenticidade sem dúvida é aviltada (Dworkin, 2011, p. 212).

Portanto, em resposta aos questionamentos formulados um pouco mais acima, podemos nos dar conta que a sorte, as escolhas e os juízos esmerilham o senso pessoal de responsabilidade (Dworkin, 2002, p. 298). Assim, parece-nos que a decisão tomada pelo SUS não subtrai o poder de escolha genuíno das pessoas, poder este que é condicionado tanto aos recursos que cada pessoa possua, quanto aos aspectos relacionais. Enquanto tomada de decisão

⁹⁸ Tradução própria. No original: “The indignity lies in usurpation, not limitation”.

no ambiente da política pública, o SUS não remove artificialmente eventual poder de escolha do paciente com asma grave ao não incorporar a tecnologia, pois, inobstante não poder escolher ou ter reduzidas as opções de escolha de atividades esportivas, o paciente poderá realizar outras atividades prazerosas ou de interação social. Pode-se objetar que a personalidade do paciente é inclinada a atividades mais excitantes, sendo o xadrez ou boliche enfadonhos, contudo mesmo a personalidade condiciona nossas preferências e, à evidência, não trai a autenticidade. Observa-se, neste exercício meramente simplório, que as políticas (*policies*) foram formuladas legitimamente, ancoradas nos valores da igual consideração e respeito e, conquanto pleonástica, uma observação é inafastável: nunca haveremos de fechar as aberturas dos direitos como trunfos.

Como desfecho dessa reflexão, regressamos à equação simultânea dos dois princípios do individualismo ético, do respeito próprio e da autenticidade, mediante a qual o espaço de convivência entre eles confere um significado mutuamente sustentador, confere uma estatura à dignidade e, ao fim e ao cabo, confere apoio e forma à igualdade, exigindo dos governos o tratamento com igual consideração e igual respeito. Assim, como decorrência do primeiro princípio do individualismo ético, o governo, ao formular leis e políticas públicas, deve considerar como igualmente importantes, de modo objetivo, todas e cada vida humana; já o segundo princípio ético impõe que o governo não se intrometa nas opções éticas das pessoas, buscando respeitar o destino delas conforme projetado por elas próprias. Nesse aspecto, como vimos, as opções são quase sempre condicionadas pelos recursos, personalidade, sorte. Assim, o governo precisa respeitar e proteger as escolhas feitas, e as pessoas são responsáveis pelas escolhas que fizeram, mesmo condicionadas por estas circunstâncias.

3.6 Independência ética e proteção da dignidade

Abstratamente, diferenciar influência de subordinação é realizável sem grandes turbulências, o que é central para proteger a autenticidade e o princípio da dignidade. No entanto, para fins de proteção da autenticidade, revelar os limites e o conteúdo para que um governo possa exigir legitimamente a obediência a seus atos oficiais é um desafio mais complexo. A nosso juízo, para obtermos êxito na tarefa, precisamos traçar os contornos da ideia de liberdade enquanto conceito interpretativo.

Como preâmbulo, duas ideias de liberdade são difundidas e necessárias para o mencionado êxito. Em primeiro lugar, a ideia de liberdade positiva é associada aos ideais

democráticos, versando sobre as formas pelas quais a participação nas decisões coletivas da comunidade política é condizente com o princípio da dignidade. Seguidamente, a liberdade negativa promove a ideia de que algumas questões não devem avançar para decisões coletivas, pois são caracteristicamente assuntos em que devem prevalecer a responsabilidade pessoal, obrigando-se o governo a ser sensível às decisões individuais (Dworkin, 2011, p. 364-365). Para a liberdade positiva, há necessidade de parâmetros para que os cidadãos possam alcançar a correta participação nas decisões coletivas. Para a liberdade negativa, há necessidade de parâmetros que estabeleçam limites ao alcance dessas decisões. A liberdade positiva reconhece a coercitividade das decisões coletivas, mas requer um direito de participação nessas mesmas decisões para a conservação da dignidade. A liberdade negativa requer independência em relação às decisões coletivas para a preservação da dignidade.

Nesse campo, surge uma complexidade terminológica no vocabulário de Dworkin. Muito embora reconheça que as palavras liberdade (*liberty*) e autonomia (*freedom*), por vezes, sejam utilizadas como fungíveis entre si, Dworkin estipula distinção importante entre os termos (2011, p. 366-367). Contudo, ante as proposições acima para o nosso léxico, devemos destacar uma advertência: para fins de padronização terminológica e com a cautela de não perturbar a distinção anterior feita entre autenticidade e autonomia (*autonomy*), de acordo com o que discutiremos no item 3.5, para os objetivos desta tese, os termos *freedom* e *autonomy* serão sempre utilizados como infungíveis entre si.

Retomando, Dworkin utiliza liberdade (*liberty*) de um modo geral para destacá-la como um valor, inclusive quando invoca os diferentes tipos de liberdade (*positive or negative liberty*). Por outro turno, emprega autonomia (*freedom*) como uma garantia que um indivíduo possui para tomar decisões sem que esteja submetido a constrangimentos de terceiros ou, inclusive, da comunidade política. A autonomia (*freedom*), ainda, cumpre um papel significativo para reconhecer mais claramente os contornos da liberdade negativa. Esta, a liberdade negativa, ocupa um território privilegiado naquela, a autonomia (*freedom*), espaço dentro do qual não se admitem restrições por seu caráter essencial.

A autonomia (*freedom*) total de alguém é representada por seu poder de agir da maneira como desejar, livre de impedimentos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política. Sua liberdade negativa é a área de sua autonomia (*freedom*) que a comunidade política não pode remover sem que a ofenda de um modo especial: comprometendo sua dignidade ao negar-lhe igual consideração ou uma característica essencial da responsabilidade por sua própria vida⁹⁹ (Dworkin, 2011, p. 366).

⁹⁹ Tradução própria. No original: "Someone's total freedom is his power to act in whatever way he might wish, unimpeded by constraints or threats imposed by others or by a political community. His negative liberty is the area

Com razões especiais, o governo até pode ingressar ordinariamente no terreno da autonomia (*freedom*), mas não poderá fazê-lo no terreno da liberdade negativa, a menos que seja necessário para proteger a liberdade negativa de outras pessoas. Podemos compreender melhor o sentido de liberdade como valor¹⁰⁰ se o associarmos à autenticidade, ao valor da responsabilidade pessoal, o que confere dimensão especial à independência ética.

Impor convicções religiosas invade profundamente o espaço da liberdade negativa, insultando a dignidade, porquanto é uma questão essencial, mais precisamente de essência ética. Por outro lado, impor obrigatoriedade de determinadas estratégias vacinais ingressa no terreno da autonomia (*freedom*), mas não ofende a autenticidade, nem compromete a dignidade, na medida em que há razões especiais para a adoção da imunização obrigatória. O sarampo, a poliomielite e, mais recentemente, a covid-19, trazem consequências sombrias à saúde pública, à economia, a gerações de pessoas, à sociedade como um todo e a ridícula alegação de ofensa à liberdade por alguns grupos deve ser solenemente desprezada. Realmente, a independência ética deve ser considerada aviltada quando se tratar de uma questão essencial de liberdade negativa, como as questões de imposição religiosa, ou quando assumir os contornos de justificações éticas, como nas imposições de juízos coletivos sobre o estilo de vida correto a ser seguido (censura da literatura sexual, por exemplo). A imunização obrigatória não se encaixa em nenhuma categoria e, portanto, não anula, nem ameaça a independência ética. As vidas permanecem autênticas e, portanto, dignas de serem vividas (Dworkin, 2011, p. 364-371).

Assim, se compreendermos a ideia de liberdade associada ao conteúdo do princípio da dignidade, conseguimos compreender com outra dimensão a complexa tarefa de distinguir influência de subordinação. Essa integração é capaz de conferir importante valor político à liberdade enquanto conceito interpretativo. Portanto, essa forma de raciocinar nos indica que o valor da ideia de liberdade, integrado no profundo projeto interpretativo que Dworkin se dedicou em *Justice for hedgehogs*, nos direciona para o destino da autenticidade, do autorrespeito, da dignidade. Integrada a ideia à concepção da igualdade de recursos, podemos reconhecer que a proteção às opções éticas são fundamentais para uma vida autêntica, para uma vida digna. Vidas inautênticas são vidas desperdiçadas. Queremos viver bem sob a égide da

of his freedom that a political community cannot take away without injuring him in a special way: compromising his dignity by denying him equal concern or an essential feature of responsibility for his own life”.

¹⁰⁰ Dworkin defende que a liberdade somente pode ser entendida como valor se for considerada uma concepção interpretativa, e não “criterial”. Segundo assume, pessoas que discutem se a tributação é fator que limita ou não a liberdade patentemente utilizam critérios diferentes e, nessa discussão, liberdade não é valor (2011, p. 367).

ética. Da moral pessoal. Da moral política. Da legitimidade do direito. Sob a unidade de valor, havemos de ter associados a igual consideração ao respeito total.

4 POR UM TRIUNFO DA DIGNIDADE

4.1 A derrota do direito

Durante o caminho do presente trabalho, fizemos diversos questionamentos nos capítulos anteriores. Algumas respostas foram dadas, outras precisam ser melhor detalhadas. Agora, nosso foco será empreender esforços a fim de que os delineamentos mais robustos sejam traçados, assim como delimitar perspectivas práticas que poderão surgir a partir de nossas reflexões e proposições.

Devemos iniciar o capítulo regressando ao debate central da tese, a respeito do critério da hipossuficiência e o modo pelo qual a jurisprudência vem tratando o mínimo existencial, porquanto pudemos desenvolver argumentos mais consistentes em relação à legitimidade de um governo, que deve se ancorar no tratamento de todos com igual consideração e igual respeito. Ademais, igualmente desenvolvemos discussões sobre o fundamento ético de um governo, o princípio da dignidade, com seus dois princípios do individualismo ético.

De tudo isso, compreendemos que um governo só é legítimo ao demonstrar igual interesse pelo destino de todos, independentemente das convicções e preferências de cada um, assim como ao respeitar as opções decorrentes das mesmas convicções e preferências, por mais distintos que sejam os estilos de vida escolhidos. Para a igual consideração e respeito, o governo não pode privilegiar ou preterir indivíduos ou grupos de indivíduos simplesmente por suas convicções e preferências, nem pode criar mecanismos para eliminar ou desencorajar intensamente modos de vida que são consequências dessas convicções e preferências.

Além disso, é preciso que, com essas atitudes do governo, cada pessoa possa se desenvolver e fazer escolhas para viver bem conforme as diversas cores existentes na paleta ética à disposição de cada indivíduo e, para tanto, tenha condições de assumir a responsabilidade pessoal por suas escolhas. Amalgamando os dois princípios do respeito próprio e da autenticidade, não se deve impor a abdicação do interesse próprio para dedicar às outras pessoas igual ou maior atenção que a si próprio. O princípio da dignidade não exige tal imposição ética.

Convém novamente resgatar o que destacamos no item 3.3. Clève (2011, p. 239-240) registra que, em contraposição à acepção principiológica e emancipatória do direito constitucional, a dogmática da razão do Estado posiciona o ente estatal como elemento absolutamente central dos estudos constitucionais, cujos esforços teóricos direcionam todas as

luzes para justificar a atuação do Poder Público, culminando com uma “disciplina voltada exclusivamente ao estudo da normatividade do espaço político, sendo negligenciado o espaço societário extra-estatal”. Sob essa ótica, a dignidade é sopitável e os direitos fundamentais, mera concessão.

Ao menos com relação ao direito à saúde, percebemos que os argumentos se deslocaram de um polo a outro, mas sempre de maneira a eclipsar a responsabilidade do ente público, criando obstáculos praticamente inapeláveis para proteger o Estado. Inicialmente, os argumentos eram os de que o direito à saúde continha uma normatividade meramente programática, não legitimando o Poder Judiciário a intervir na discricionariedade administrativa. Em uma evolução de tratamento, percebeu-se que a leitura anterior enfraquecia de modo piramidal os direitos sociais, o que os transformava apenas em “promessa constitucional inconsequente”, na expressão do Min. Celso de Mello. Nada obstante a sobredita evolução, novamente argumentos foram buscados com o fim de recentralizar o Estado em uma estrutura protetiva. A pretexto de salvaguardar a programação financeira e orçamentária, não raras vezes ocultando a irracionalidade com um excesso de racionalidade (Penalva, 2011, p. 14-15), passou-se a postular os preceitos quase sagrados, posto que praticamente irrefutáveis, da reserva do possível. Por último, em nova rota dinâmica, notando o enfraquecimento dessa justificativa de proteção estatal, ao serem postas em evidência tensões argumentativas entre “direito à saúde” dos indivíduos e “interesse financeiro e orçamentário” do Estado, desembainhou-se outro subterfúgio, o da hipossuficiência.

Percebe-se que os dois últimos movimentos referidos circundaram com persistência a questão da capacidade financeira, mas ambos com a finalidade de conservar o espaço do poder político do ente estatal. A primeira mudança dinâmica acima destacada conferia ênfase diretamente à proteção da responsabilidade financeira do Estado, sem intermediários. Nesse ponto da história, a justificação era direta para preservar a capacidade dos cofres públicos aos mais diversos compromissos políticos com outras demandas também fundamentais, ao menos no plano argumentativo. Por outro lado, em nova dinâmica, a segunda alteração de rota transferia a questão da responsabilidade financeira para os indivíduos e, disfarçadamente, continuava – e continua – a proteger o interesse orçamentário e financeiro do Estado. Essa última forma tem sido manifestada por dois argumentos amplamente utilizados que formam uma simbiose: a hipossuficiência e o mínimo existencial, os quais se projetam para restringir o valor constitucional da universalidade.

Conforme afirmamos, Penalva percebeu o início desse movimento de deslocamento em sua tese de doutoramento, oportunidade em que já se configurava como uma tendência

doutrinária a expressão do mínimo existencial para provocar uma sufocação da abrangência da universalidade e trazia consigo também a pobreza. Naquele momento, a tendência transparecia em menor grau na jurisprudência.

No campo da saúde, começa a ganhar corpo uma tendência doutrinária (em menor monta, também na jurisprudência) de criação de limites para a universalidade do direito à saúde a partir do argumento do mínimo existencial. O risco da transposição dessa interpretação para as ações judiciais em que se reivindicam bens ou prestações de saúde são os julgadores tomaram (*sic*) para si a tarefa de definir os limites da universalidade, de criar critérios para a distribuição dos recursos, de formular sua própria política distributiva. E isso não de forma individualizada, nos casos apreciados, mas pela definição de um critério novo de restrição da universalidade: a pobreza (Penalva, 2011, p. 51-52).

Articulamos que era de se esperar para um sonho constitucional, naquela quadra histórica, que a sua arguta previsão fosse como que um suplício de Tântalo ao reverso, na medida em que, tendencialmente prestes a acontecer, esperava-se que a posição se recolhesse, tal como a água ou os frutos, e não virasse realidade. Entretanto, nosso sonho foi como a flecha de Zenão e, segundo constamos, é um argumento que o Poder Judiciário utiliza atualmente com tamanha naturalidade que nos espanta.

Mas o que poderia explicar que, sem previsão alguma em todo o ordenamento constitucional, a interpretação possa ser unguida com uma força tão inequívoca que percebemos tão pouca divergência? Qual seria o fundamento por trás da espantosa naturalidade do argumento? Como afirmamos, durante o desenvolvimento desse trabalho, lançamos alguns questionamentos que parece haver chegado o momento de ensaiar os esforços para as respostas.

Uma das possíveis respostas às perguntas acima pode ser deduzida não em uma resolução propriamente dita, mas em uma explicação sobre de que maneira os argumentos são utilizados. Nossos olhos podem instantaneamente ter dificuldades para formar uma imagem tanto em razão de luminosidade excessiva, quanto por causa de uma luminosidade escassa. “Qualquer luz necessariamente projeta sombras. Se podemos ver muito bem alguns aspectos, é porque outros restam ofuscados pelo brilho daqueles que a nossa época faz com que enfoquemos em destaque” (Carvalho Netto, 2021b, p. 111). O excesso de luminosidade sobre o argumento de proteger os “mais carentes”, os “hipossuficientes”, os “vulneráveis” exige um maior esforço para enxergar sob a melhor luz. Ao projetar os refletores somente sobre a alternativa dilemática de ser justo privilegiar apenas os mais carentes ou, ao contrário, não conseguir contemplar ninguém, oculta-se o valor do justo sobre ser possível contemplar a universalidade. Ao lançar luzes do refletor sobre argumentos da reserva do possível ou do mínimo existencial, projetam-se as sombras sobre o que deveria ser o principal enfoque,

ocultando-se que, na verdade, o argumento se presta à salvaguarda central dos interesses financeiros e orçamentários do Estado. O fogo do candeeiro também ilumina.

Diante do excesso ou da pouquidão, a melhor luz permite reconhecer o que antes era invisível. Não basta corrigir a luminosidade excessiva ou precária para conseguir desenvolver a melhor visão. Tanto em um caso, quanto em outro, a íris permitirá a contração ou dilatação da pupila para controlar a entrada da luminosidade e, sob a melhor luz, será possível apreciar as imagens de forma mais adequada. A leitura principiológica da Constituição nos permite contrair ou expandir organicamente a compreensão do direito tomada em sua integridade. Essas ocultações, dissimuladas ou não, nos impede de assimilar as divergências e provocar os debates sobre o invisível. Daí a necessidade da leitura sob a melhor luz que os princípios subjacentes podem nos proporcionar.

Em consequência das percepções ilustradas, nossos sentidos alcançam que a hipossuficiência e o mínimo existencial são duas faces da mesma medalha que, no caso, é a medalha do pragmatismo, que se apresenta como uma concepção cética do direito. Compreendemos que a leitura é pragmática porque nega qualquer sentido coerente com decisões políticas do passado, contanto que, em sua visão, possa vislumbrar um futuro melhor para a comunidade. Ante a um cenário de alegada, mas não comprovada, escassez de recursos, em uma imaginada racionalidade, os magistrados também imaginam reservar recursos para outras demandas igualmente importantes que não as deduzidas em juízo. Portanto, imaginam reservar um futuro melhor para a comunidade, em face de demandas futuras ainda não deduzidas em juízo ou de necessidades futuras do poder público ainda não descobertas.

Essa concepção cética não confere créditos às decisões políticas anteriores, sejam legislativas em amplo sentido, sejam judiciais, mas credencia justificações na justiça, na eficiência, na política, na economia, na formação social ou em tudo o mais que o momento contemporâneo traduz como oportuno ou relevante. Nessa miríade, o pragmatismo não exclui nenhuma teoria para lhe dar suporte e incentiva a adoção de qualquer método para produzir o que aparenta ser o melhor futuro disponível (Dworkin, 2014). A coerência não é o seu compromisso e, assim agindo, acredita que “tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência” (Dworkin, 2014, p. 185). Os argumentos políticos prevalecem, o que torna impossível estabelecer ou mesmo assimilar qualquer diferença mais observável entre direito e política.

Assim, percebe-se que o argumento pragmático admite a derrota do direito, negando que as pessoas tenham pretensões juridicamente protegidas. Não é o fato de haver disposições normativas anteriores que garante a proteção jurídica, afinal, se houver razões para

acreditar que alguma definição possa colocar a comunidade em situação pior, essa posição admitirá que não há qualquer direito a ser protegido. “O pragmatismo rejeita a ideia de direito e de pretensões juridicamente protegidas” (Dworkin, 2014, p. 119).

Nessa perspectiva cética, pouco importa se a universalidade de acesso às ações e serviços públicos de saúde é um valor jurídico constitucionalmente protegido, porquanto, caso a universalidade aparente ser exagerada, não haverá qualquer reação de constrangimento exigir algo diverso. Caso se acredite que os mais ricos, mesmo modestamente mais ricos, podem assumir o custeio com tratamento pleiteado em juízo, seria uma vergonha abrangê-los sob a proteção da universalidade. Como vimos, a incapacidade financeira é um requisito para ter uma pretensão juridicamente protegida pelo Poder Judiciário, porquanto deve o “requerente arcar com todos os custos” quando “não houver prova da impossibilidade de custeio”, conforme decidiu o STF pelo voto condutor do Min. Roberto Barroso no RE nº 657.718.

Todavia, se alegamos que a Suprema Corte vem adotando um comportamento pragmático, de desconfiança com o direito, poderíamos questionar por quais motivos se dedica a tantas demandas sobre o direito à saúde, com milhares de litígios justificando e fundamentando os discursos jurídicos. Uma possível resposta seria a de que o pragmatismo pode até desconfiar do direito, mas, por questões estratégicas, não é conveniente externalizar esse desprestígio. Nenhuma Corte, sobretudo as constitucionais, poderia admitir postura cética de descrédito no direito. Com todo efeito, uma comunidade precisa acreditar no direito, na medida em que “a civilização é impossível a menos que as decisões de uma pessoa ou de um grupo bem definido sejam aceitas por todos como instauradoras de normas públicas que, se necessário, serão aplicadas pelo poder de polícia” (Dworkin, 2014, p. 187).

Em decorrência disso, o pragmatismo é capaz de “fingir” o respeito pela coerência e “fingir” acreditar no direito. Para evidenciar essa falsa aparência, estrategicamente, tenta buscar um equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade. Sob uma imaginária reverência a regras já postas, “simula” a aplicação com alguma coerência atrelada a decisões do passado, dando a aparência de previsibilidade e, portanto, com o prestígio da segurança jurídica e das instituições. Ao mesmo tempo, a “simulação” precisa deixar aberturas estratégicas flexíveis para que o pragmatismo possa “aperfeiçoar” as margens a serem alcançadas por seu pronunciamento em um momento qualquer no futuro que seja mais apropriado. Com essa compostura, até parece reconhecer as decisões do passado para atribuir direitos, contudo, em verdade, “são apenas os auxiliares do melhor futuro: são os instrumentos que construímos para esse fim”. Por isso, para permanecer atraente, o pragmatismo necessita adicionar epiciclos e a flexibilidade é engendrada para favorecer a si próprio (Dworkin, 2014, p. 194-195).

Nessa ordem de ideias, vislumbra-se que a hipossuficiência e o mínimo existencial cumprem papéis relevantes no epiciclo pragmático. A “hipossuficiência”, a “incapacidade financeira”, “pessoas carentes” são expressões naturalmente recorrentes nos pronunciamentos da Suprema Corte e emprestam um caráter de consistência, de coerência relacionada às decisões jurisdicionais do passado, inclusive as do próprio STF, o que simboliza o prestígio da segurança jurídica, da previsibilidade. Entretanto, ao mesmo tempo, precisam de espaços estratégicos de abertura que permitam assumir uma posição flexível a qualquer momento, e esse mecanismo instrumental é desempenhado pelo mínimo existencial. Percebe-se que o mínimo existencial, ademais das críticas que já introduzimos, tem a função auxiliar de possibilitar a abertura para a flexibilidade. Realmente, quando o mínimo existencial é invocado, a complexidade das questões é adrede reduzida, o que traz uma simplificação para o dever de fundamentar, inclusive propiciando que se ignorem ou se desconsiderem as circunstâncias específicas do caso concreto colocado sob discussão e análise.

A separação de poderes, a aplicabilidade dos direitos sociais, a previsão orçamentária e até a reserva do possível (que integra a matriz teórica do mínimo existencial) são argumentos mais facilmente superáveis quando o julgador identifica o direito discutido na ação com uma dimensão do mínimo existencial (Penalva, 2011, p. 49-50).

Além disso, a jurisprudência tem se mostrado pacífica quanto ao entendimento de não ser oponível o argumento da reserva do possível diante da percepção da presença do mínimo existencial, em consonância com o que também fundamentou o Min. Marco Aurélio no RE nº 566.471, conforme o devido destaque dado anteriormente. Com essa característica que difunde uma simplificação no seu dever de fundamentar, os magistrados, ao trazerem os mínimos como justificação, poupam um recurso mais trabalhoso que é o de realizar juízos de ponderação. Daí segue a ironia captada por Penalva em muitas decisões, pois, ao trazer os mínimos à fundamentação, os magistrados evitam precisamente o dever de fundamentar de maneira mais pormenorizada¹⁰¹ (2011, p. 86).

Não podemos deixar de recordar, ainda, a fundamentação do Min. Edson Fachin em seu voto no RE nº 657.718, oportunidade em que propôs um conceito “integrado” do direito à saúde. Consoante expusemos, nesse caso, ao se imaginar que a definição do direito à saúde é

¹⁰¹ Penalva (2011) realiza um esforço profundo para fazer a correta abordagem da teoria dos mínimos. E alude que muitas decisões judiciais desconsideram o marco teórico em suas fundamentações e utilizam o mínimo apenas como argumento para garantir o direito social em jogo. Critica essa postura dos julgadores, pois, além de não se ajustar ao nosso texto constitucional, o direito como integridade cumpriria o mesmo papel, mas com aderência ao sistema constitucional, em especial com a garantia de ser tratado com igual respeito e consideração. Para fechar esta nota, Penalva destaca que, ainda que muitas vezes equivocadamente fundamentados no mínimo existencial, os julgadores acabam por dar a resposta correta ao garantir os direitos sociais assegurando a igualdade.

composta, de maneira integrada, pela alocação orçamentária e pelo mínimo existencial, este necessariamente já estaria abarcado por aquela no cálculo distributivo. Assim, nessa conceituação, o mínimo não desempenha qualquer papel relevante, posto que todo juízo de alocação orçamentária já teria considerado o mínimo para a sua decisão distributiva. Uma vez mais, o argumento do respeito ao mínimo foi tratado como tipo independente, porém, na prática, não demonstrou força alguma, servindo somente como mero instrumento retórico.

Nesse momento, mostra-se pertinente fazermos uma breve observação sobre como a prática dos Tribunais pode repercutir severamente em uma discussão mais séria, como a que estamos desenvolvendo. A hipossuficiência e o mínimo existencial seriam, de alguma maneira, uma estratégia pragmática que aposta no que se convencionou denominar de jurisprudência defensiva? O pragmatismo se investe de várias armas. Em relação aos mais variados assuntos litigiosos, as Cortes Superiores no Brasil, diante de um notório volume exacerbado de demandas, passaram a adotar posturas não somente excessivamente rigorosas ou extravagantes no que diz respeito à apreciação de requisitos formais para conhecimento dos recursos, mas igualmente criando exigências ao arrepio da legislação vigente (Medina, 2013; Vaughn, 2016). Os exemplos são variados¹⁰², mas podemos nos satisfazer com apenas um, que inclusive resultou em necessidade de modificação legislativa para defender-se da jurisprudência defensiva. Trata-se do § 4º do art. 218 da Lei n° 13.105/2015 (Código de Processo Civil), por meio do qual restou positivado que “será tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”. Essa disposição, quase óbvia, teve de ser objeto de maior cuidado do legislador por causa do entendimento pacífico, por exemplo, do Superior Tribunal de Justiça de que seria intempestivo o Recurso Especial interposto antes da publicação do correspondente acórdão de apelação^{103, 104}.

De fato, nos parece que a hipossuficiência pode ser considerada uma espécie de criação extravagante do Poder Judiciário para minimizar o “impacto” da judicialização da

¹⁰² Essa análise foge do foco central da tese. Para consultar alguns exemplos, cf. Medina (2013); Vaughn (2016).

¹⁰³ Medina também cita julgado do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido (RE n° 449.671 AgR-EDv-AgR). “Ora, se a intimação é o ato pelo qual *se dá ciência*, é evidente que, tendo a parte tido ciência da decisão judicial por outro modo, está autorizada a praticar, desde logo, o ato correspondente (interpor recurso, por exemplo)” (Medina, 2015, p. 362-363; o destaque é do original).

¹⁰⁴ Cumpre destacar que o atraso na publicação de acórdãos é uma prática viciosa, ao menos no Supremo Tribunal Federal. Expusemos em outro trabalho que os atrasos são tão hiperbólicos que foi necessária a expedição de uma normatização (Resolução n° 536/2014) para superá-los. Logo em seguida à publicação da mencionada Resolução, centenas de acórdãos foram publicados, alguns com anos de atraso. O acórdão do HC n° 88.970, por exemplo, levou 7 anos para ter sua publicação levada a efeito. Podemos bem imaginar a repercussão que a jurisprudência defensiva exercia com essa prática. Para verificar críticas relacionadas à repercussão do atraso, inclusive no contexto da pandemia da covid-19, cf. Oshiro, Menezes, 2022, p. 229-250.

saúde. Ocorre que, desafortunadamente nesse caso, não se mostra possível criar norma para defender-se da jurisprudência defensiva, porquanto a universalidade já está inscrita na Lei nº 8.080/1990¹⁰⁵ (Lei Orgânica da Saúde) e sobretudo é um fenômeno constitucionalizado.

Em arremate, percebemos que a Suprema Corte há tempos vem se dedicando ao fenômeno da judicialização das políticas de saúde. Podemos dizer que houve um esforço incomum realizado pelo STF com o paradigma originário representado pela Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes. Notamos a valiosa contribuição para o direito à saúde relacionada aos parâmetros que foram erguidos com o julgamento, sobretudo porque houve um profundo debate dialógico proporcionado pela discussão em audiência pública. Reconhecemos e desenvolvemos uma análise em nossa dissertação de Mestrado.

Em síntese, a STA nº 175 foi representativa no que tange ao compromisso constitucional do STF sobre como levar a sério o direito à saúde, com respeito às opções políticas construídas mediante o escrutínio criterioso das políticas públicas. Por essa maneira de produzir a leitura constitucional, extraímos que as políticas (*policies*) integram o conceito de direito e, assim como os substantivos são qualificados pelos adjetivos, as políticas qualificam os direitos. “A política, portanto, é ingrediente, ainda que restrigente, dos direitos” (Oshiro, 2017, p. 42). Esse ingrediente restrigente é bem compreendido pelo direito como integridade e, por isso, a saúde como direito será mal compreendida se as políticas forem escarneçadas.

Com esse precedente e com outras contribuições que foram bastante debatidas, devemos reconhecer que a Suprema Corte se empenhou para conferir os contornos mais adequados sobre o fenômeno da judicialização. Todavia, ainda de acordo com o que pensamos haver demonstrado na mesma dissertação, o STF em alguns casos, especialmente os que envolvem demandas individuais¹⁰⁶, desacredita as políticas públicas e desconsidera a integridade do direito, inclusive deixando de levar a sério suas próprias decisões. Dessa maneira, a Corte parece não acreditar nas próprias decisões que profere relacionadas ao conteúdo das políticas públicas e, mais forçosamente, passa a não acreditar que as outras instâncias do Poder Judiciário pelo país afora possam agir como verdadeiros contribuintes do que poderíamos denominar romance em cadeia do direito à saúde.

¹⁰⁵ Vide § 1º do art. 2º; inciso I do art. 7º; e inciso VII do art. 26-A.

¹⁰⁶ Segue um trecho de nossa dissertação em que discorremos o assunto tratado nesta tese: “[...] os casos da fosfoetanolamina sintética e do eculizumabe indicaram que nem mesmo a Suprema Corte vem considerando o direito à saúde a sério, deixando-se seduzir, por vezes, por atrações passageiras que se configuram em decisões apenas isoladamente atraentes” (Oshiro, 2017, p. 111).

Nesse caminho, a Corte Suprema desconfia da autoridade de suas decisões que levaram a sério as políticas. A Corte desconfia do direito. Nossa análise permite argumentar que a Corte admite sua derrota e, com base nesse conformismo que pode se confundir com a licenciosidade, busca socorro no pragmatismo. Para isso, se vale de epículos pragmáticos. Como a sua derrota é inelutável, não sendo capaz de fazer o Poder Judiciário como um todo promover uma leitura com as lentes mais apropriadas e exigentes sobre as políticas públicas, cria uma vasta abertura para todo tipo de providências mais simplistas. Cria uma contenção pragmática. A hipossuficiência e o mínimo existencial se transformam em mecanismos instrumentais de correção. São corretivos pragmáticos da derrota. São as imposturas constitucionais.

4.2 Das imposturas à indignidade

Ademais do argumento pragmático, que vimos se tratar de uma postura cética do direito, enfatizamos insistentemente que a concepção de igualdade de recursos se preocupa, mais do que com uma solução política redistributiva, com uma vida autêntica dos indivíduos da comunidade política. A finalidade substantiva é elevar o valor do princípio da dignidade, o fundamento ético de toda comunidade. A aspiração da concepção passa pelo encantamento pela autenticidade, cujos desígnios são todos voltados para admitir que cada indivíduo tenha autonomia (*freedom*) para fazer as escolhas éticas que melhor se amoldam ao destino por ele imaginado e endossado. Cada um deve ser responsável pela própria vida e, como resultado dessa autonomia (*freedom*), surge igualmente a correspondente responsabilidade pessoal pelas escolhas feitas.

Assim, percebemos que a pujante defesa da igualdade de Dworkin representa “simultaneamente uma vigorosa defesa da liberdade” (Guest, 2010, p. 246). De fato, Dworkin faz os esforços teóricos mais profundos para defender sua posição de que princípios não entram em rota de colisão entre si, mas se relacionam de forma mutuamente complementar. Os valores políticos são definições abstratas, como o são a igualdade e a liberdade. Enquanto abstratos, dificilmente alguém não concordará que são importantes e que devem ser considerados em uma comunidade política, em qualquer comunidade política. Os problemas e as dificuldades surgem quando dessa abstração provém uma necessidade de concretização. E, geralmente, as portas do Poder Judiciário são vibradas quando as dificuldades concretas surgem, quando os problemas concretos de pessoas concretas se apresentam. Nessas ocasiões, o compromisso, enquanto

valores abstratos, não deve ser tomado como se fossem valores soberanos, rivais e independentes entre si, pois, se for tomado nesse sentido, sem dúvida o conflito será irrecusável. Contudo, a convivência entre os valores precisa preservar o que há de mais importante e valioso a ser projetado no cérebro da interdependência, sem que isso signifique qualquer transigência a respeito dos valores envolvidos (Dworkin, 2016, p. 149-165).

Abstratamente, podemos até entender a igualdade e a liberdade como princípios opostos e se, na complexa tarefa da concretização, demonstrarem-se aparentemente contrários, certamente não haverão de ser contraditórios entre si. Não deverão se apresentar como uma oposição antitética. Nosso dever de compreensão deverá ser “vê-los como princípios opostos que, no entanto, são simultânea e reciprocamente constitutivos um do outro, aptos a instaurar uma tensão rica, complexa e produtiva”¹⁰⁷ (Carvalho Netto, 2021b, p. 116-117).

Não temos dúvidas que isso é absolutamente complexo. E o risco de falhar é constante e considerável. Mas, para respeitar os direitos fundamentais em toda a sua extensão, não existe metodologia abreviada. Não devemos deixar de compreender que os cidadãos têm um direito a ter um direito *mais* fundamental, que é o direito a uma atitude (*right to an attitude*), conforme defendemos no item 3.3, que busca definir mais precisamente a possibilidade de invocação dos direitos como trunfos. Além disso, também devemos nos recordar sobre a atitude interpretativa que se exige dos juízes. Para entender a correta e séria postura hermenêutica do direito como integridade, é muito mais importante fazer uma avaliação sobre o que os juízes fizeram do que sobre o que disseram (Dworkin, 2014, p. 297).

De acordo com o que discorremos, as preferências pessoais são condicionadas por diversas circunstâncias, inclusive pessoais, que conferem todo um colorido ético às possíveis escolhas individuais. Todas as nossas decisões, aparentemente grandiosas ou aparentemente insignificantes, vão formando nosso estilo de vida em conformidade com o que acreditamos ser a vida correta a ser vivida. Uma vida correta deve significar viver bem, conforme nossas convicções morais que comandam nossos comportamentos em relação aos outros, e em conformidade com nossos juízos éticos que conduzam nossas condutas voltadas para nós mesmos (Dworkin, 2002, p. 290). Dentre as circunstâncias que influenciam nossas opções éticas estão os recursos em geral, os quais se configuram como elementos fundamentais para a concepção da igualdade de recursos, mas que não se constituem em objetivos em si mesmos. Os recursos constituem fatores essenciais à vida digna não porque proporcionam riqueza, uma

¹⁰⁷ No texto, tomamos emprestada a ideia de Carvalho Netto, posto que se insere na mesma luz de nosso desenvolvimento textual. Contudo, o autor fazia referência à rica tensão entre democracia e constitucionalismo.

vida boa, melhor posição social ou política, mas porque permitem o desenvolvimento de uma vida autêntica.

Dessa maneira, os esforços de um governo legítimo, que estima com deferência a igual consideração e respeito, devem ser direcionados para proporcionar igualdade de recursos aos seus cidadãos, a fim de que, com eles, possam adotar as melhores opções éticas que estão à sua disposição conforme as circunstâncias. Muito embora os esforços de um governo legítimo sejam direcionados aos meios, o prestígio se destina aos fins, quais sejam, as pessoas, que devem fazer suas opções éticas para a elevação da dignidade e em busca de um padrão de vida com autenticidade.

Nessa linha, por meio da tributação, seria sensato retirar recursos dos ricos para redistribuir aos pobres? A atitude governamental de redistribuir a riqueza daqueles em melhor situação financeira engendra subtração de seus recursos impessoais que levam ao ferimento da dignidade? As tensões, nesse ponto, ganham outros matizes, coloridas que são por argumentos de política. As decisões políticas sobre tributação também podem atribuir contornos de um conteúdo moral, sejam para redistribuir recursos aos cidadãos mais pobres, sejam para desestimular comportamentos específicos (relacionados, por exemplo, ao meio ambiente, saúde, estilos de vida¹⁰⁸ etc.). Na política, a moral deve ser tratada como se situasse em um espaço antecedente ao da ética, porquanto, em um sistema integrado, a moral deve influenciar a definição de elementos que atribuam direitos, oportunidades e recursos, contudo não tem poder de remover as possibilidades das escolhas dos valores éticos que cada indivíduo deve definir para si próprio. Apesar dessa anteposição, a moral não subordina a ética, nem a ética subordina a moral. O sistema é cooperativo, não competitivo (Dworkin, 2011, p. 371).

Cumpra sublinhar que o tema da redistribuição por intermédio da tributação sempre envolve desconfortos que se relacionam a posicionamentos políticos, especialmente com relação à corrente que acredita que a riqueza de cada pessoa é consequência exclusiva de esforço pessoal, e que decisões políticas oficiais não têm qualquer relevância para fins de atribuição, manutenção ou expansão da riqueza de determinadas pessoas ou grupos de pessoas. Essa corrente reclama que o Estado não deve se intrometer em um regime vigente de propriedade. Contra essa visão, já discorremos amplamente nas páginas passadas, evidenciado o seu

¹⁰⁸ Antes de qualquer acusação, refiro-me aqui não no sentido de indicar uma superioridade de viver um juízo ético em relação a outro. Nem visa a estabelecer aqui um regime de subordinação. Não se emprega uma justificativa ética e, por consequência, não tem qualquer potencial para aviltar a independência ética. A relação seria de influência, envolvendo, por exemplo, a pretensão de desestimular a vida baseada em vícios, em apostas, porém nada que impeça a pessoa de escolher essa mesma vida recheada de vícios e apostas e responsabilizar-se eticamente por essas escolhas.

desacerto. Por derradeiro, segue uma crítica mais direta de Dworkin sobre os equívocos da política redistributiva tributária:

Mas a condição predeterminada exigida pela igual consideração e respeito é um sistema de propriedade privada: precisamos de uma justificação para qualquer desvio dessa condição. A reclamação mais familiar da direita de que a tributação é um assalto contra a liberdade é equivocada. Mas o erro não é conceitual: é um erro sobre justiça. A estrutura e o nível de tributação em vigor podem atacar a liberdade se forem injustos – se não mostrarem igual consideração e respeito por todos. **Agora, a tributação em muitos países é mesmo injusta, mas porque cobra muito menos, e não muito mais. Ela não despoja as pessoas do que é legitimamente delas; pelo contrário, falha em proporcionar os meios de conceder a elas o que é delas por direito**¹⁰⁹ (2011, p. 375, grifo nosso).

Dessa percepção ditada acima fica ainda mais evidente o erro do Supremo Tribunal Federal ao caminhar para a consolidação jurisprudencial do critério da hipossuficiência como requisito insuperável nas demandas relacionadas a ações e serviços públicos de saúde. Nada obstante nossa antecipação de que, em conjunto com o mínimo existencial, se tratam de critérios que não se ajustam aos valores de nosso arcabouço constitucional, e ademais da nossa formulação de que se apresentam como instrumentos pragmáticos de correção da derrota, os critérios em referência atingem o princípio da dignidade e, a nosso juízo, não somente a dignidade daqueles que não possuem capacidade financeira, mas também daqueles que contam com ela.

Realmente, aqui, ao contrário da posição logo acima delineada que evidenciou potenciais acertos da política redistributiva, podemos dizer que é insensato subtrair os recursos dos mais privilegiados para atribuí-los, em um cálculo redistributivo, aos mais vulneráveis. O cálculo distributivo e redistributivo não está ao alcance dos juízes. Um lugar-comum, repetido incansavelmente pelo Poder Judiciário, é que “por vezes, o valor que é utilizado para custear o tratamento de um único paciente poderia ser aplicado para conferir atendimento de saúde a centenas e até milhares de pessoas”¹¹⁰. Essa passagem constantemente retrilhada evidencia claramente uma exposição de um raciocínio tipicamente preparatório para um argumento

¹⁰⁹ Tradução própria. No original: “But the default required by equal concern and respect is a system of private property: we need a justification for any deviation from that default. The familiar right-wing complaint that taxation is an assault on liberty is mistaken. But the mistake is not conceptual: it is a mistake about justice. The structure and level of taxation in force may invade liberty if it is unjust – if it does not show equal concern and respect for all. Taxation in many countries now is unjust, but because it takes too little, not too much. It does not deprive people of what is rightfully theirs; on the contrary, it fails to provide the means of granting them what is rightfully theirs”.

¹¹⁰ Min. Roberto Barroso, em seu voto no RE nº 657.718.

político de redistribuição, que culmina, necessariamente, com um desfecho limitador e, no caso, a limitação é da universalidade de acesso.

Como é típico, governos a todo momento são chamados a tomar decisões dessa espécie, fazendo cálculos, estipulando estratégias e utilizando argumentos de política que estão à sua disposição. Porém, repita-se, juízes devem estar sob o império de argumentos de princípio; argumentos de política não estão sob reserva jurisdicional. Penalva percebeu com muita precisão o que estamos nos esforçando a apresentar e, por isso, parece-nos oportuna uma citação mais longa:

A fixação de um critério que restringe o princípio da universalidade e, em consequência, cria novos contornos para a política pública provoca um deslocamento de competências entre o sistema do direito e da política. Nesse caso, o próprio Poder Judiciário está gerando restrições que nem a Constituição, nem a lei, nem a política pública desenhada pelo Poder Executivo criaram. Certamente, não se trata de uma referência à ausência de disposições expressas nesse sentido, mas do fato de que o sistema constitucional não oferece razões para tal interpretação. Ao contrário, a leitura à melhor luz da Constituição e da história da luta pela garantia de uma saúde pública no Brasil leva à conclusão oposta de que **a saúde é um direito de todos e de que ricos e pobres podem acessar - como o fazem - o Sistema Único de Saúde igualmente.**

[...] Em circunstâncias tais, ao Poder Judiciário cabem manifestações complexas que envolvem posicionamentos sobre os direitos fundamentais; entretanto, é o caso que precisa ser decidido e não a definição mais ampla sobre como deve ser organizada a justiça no campo da saúde. **Cabe ao julgador** fazer o vínculo entre os direitos fundamentais e as políticas públicas e **não tomar decisões sobre como a riqueza da comunidade deve ser distribuída, a partir de pressupostos sem aderência constitucional.**

O certo é que considerar a pobreza do requerente no momento de avaliação sobre a presença do direito à saúde no caso é lançar mão de um argumento que não está disponível aos juízes: o argumento da política. **O recurso à pobreza como limite para a garantia de saúde pública parece fruto de uma ocupação do campo político,** na forma de uma definição sobre o que pode garantir o bem-estar geral, sobre qual o melhor arranjo distributivo, e não uma decisão imparcial sobre o que é devido a cada um, conforme suas condições singulares de vida - isto é, a questão eminentemente jurídica que deveria ser apreciada jurisdicionalmente (Penalva, 2011, p. 54-55, grifo nosso).

Impossível não concordar com a posição da autora, porquanto mostra lucidamente o deslocamento das justificações jurisdicionais para o ramo político. A Suprema Corte e, conseqüentemente, o Poder Judiciário em geral, se imposturam ao formularem seus próprios juízos políticos sobre a distribuição de recursos. Como consequência indisputável, o epiciclo pragmático trouxe como efeito a usurpação de competência institucional para formular políticas redistributivas e, com ela, forçosamente, devemos concluir que as pessoas com capacidade financeira são despojadas indevidamente de seu patrimônio ao serem excluídas pelos juízos

prévios jurisdicionais que se orientam pela hipossuficiência nos casos envolvendo ações e serviços públicos de saúde.

Decorre que os recursos são valiosos para uma vida digna da maneira que expusemos. Os recursos propiciam uma vida digna às pessoas, não apenas por mero desejo de tê-los ou porque, de modo independente, desempenham um papel relevante. Os recursos condicionam as preferências das pessoas, e essas preferências refletem as escolhas que cada indivíduo há de fazer em suas opções éticas, sem a interferência de ninguém. Os recursos são importantes elementos para a autenticidade. Devemos estar conscientes de que as opções éticas são fatores protetivos da autenticidade, o que exige a responsabilidade pessoal pelas escolhas realizadas e com isso reforça o princípio da dignidade.

Com essa estrutura de pensamento, se os recursos à disposição do patrimônio de um cidadão são retirados, como provenientes de uma decisão institucional que não se subsume aos compromissos constitucionais dessa mesma instituição, essas decisões têm força regencial suficiente para interferir indevidamente nas opções éticas dos indivíduos com capacidade financeira, o que interfere também na autenticidade. O STF ingressa perigosamente no terreno da ética, da responsabilidade ética. Obviamente, com isso não estamos arrazoando que a Corte invista levando em consideração uma justificção ética, ou seja, com a pretensão de fazer juízos éticos de superioridade de comportamentos válidos de um determinado estilo de vida em detrimento a outro. Apesar disso, ainda assim os critérios da hipossuficiência e do mínimo existencial são suficientemente potentes para interferirem de maneira indevida nas opções éticas dos indivíduos, porquanto predeterminam as pessoas a promoverem escolhas que, em verdade, não precisariam fazer. Dessas considerações entendemos que as opções éticas são elementos importantes que não podem ser aviltados, pois, caso contrário, tornam a vida inautêntica e, portanto, indigna. Assim, essa posição jurisprudencial do STF molesta a autenticidade e usurpa a dignidade.

O que estamos afirmando não é por puro gosto filosófico, ou político. Podemos até admitir que, isoladamente, a indignidade defendida em relação aos que possuem mais capacidade financeira não seria argumento decisivo. Porém, o fato de disporem de quantias financeiras, por si só, não autoriza ao Poder Judiciário buscar impor seus juízos morais sobre a moralidade política vigente. A universalidade é aberta e a “dignidade é indivisível”, na medida em que a política de desprezo por uns é a mesma política de desprezo por outros (Dworkin, 2011, p. 422).

O movimento de deslocamento de responsabilidade do Estado para a responsabilidade dos indivíduos com capacidade financeira a fim de que custeiem tratamentos

de saúde aparenta um encanto que nos trai. Imagina-se que, com essa *política* adotada pelo Poder Judiciário, se cumpre o repetido fundamento aristotélico da igualdade, tratando os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, na exata medida em que se desigalam. Realmente, ao pretender privilegiar os “mais necessitados”, o STF estaria conferindo conteúdo ao princípio da igualdade, pois trataria com desigualdade os desiguais. Entretanto, apesar desse clichê que se utiliza de argumento de sedução, na medida em que nos proporciona um sentimento de satisfação poder prestigiar os “mais carentes”, fizemos esforços no desenvolvimento da tese para afastar essa construção aparentemente sedutora.

Em verdade, essa construção leva imediatamente à outra, que é chamar ao cenário do drama jurídico a imaginada escassez de recursos. A escassez é imaginada porque, se temos como certeza que um Estado é finito em seus recursos, por outro norte a escassez propriamente dita, dentro dos autos, nunca é comprovada. Assim, em face dessa imaginada escassez, fantasiando ser impossível conceder demais, cria-se outro drama, pois o melhor a se fazer em um cenário de impossibilidade de atender a todos os interesses é garantir pelo menos o mínimo, afinal, melhor pouco que nada.

Essa postura enfraquece o sistema de princípios da Constituição de 1988 e faz ruir a igualdade. O princípio da igual consideração firma os compromissos mais fundamentais com relação ao valor de cada vida humana e um governo necessita considerar que todas as vidas humanas, em uma visão objetiva e imparcial, merecem que sejam tratadas com a mesma importância. Essa é a virtude soberana de toda comunidade política e, para ser legítimo e justo, os atos oficiais precisam demonstrar tal ambição (Dworkin, 2002). Certamente, o mínimo existencial não representa esse desejo, na medida em que conceder para uns somente o mínimo é desconsiderar essas vidas como tendo a mesma importância objetiva.

Desde logo, devemos nos antecipar a uma objeção. Assim como mencionamos que as condições de riqueza de um indivíduo condicionam as preferências pessoais, também podemos alegar que as condições de riqueza de uma sociedade igualmente condicionam as possibilidades de uma comunidade política em proporcionar condições materiais para seus cidadãos. Essa comparação pode ser grosseira e simplista, porém nos auxilia a enxergar as circunstâncias dinâmicas mais ampliadas, que envolvam realidades históricas, culturais e socioeconômicas distintas.

A sociedade de Kobe não é a mesma de da Vinci, não apenas pelos talentos que valorizam, mas por tudo o mais, o que significa que elas não proporcionarão as mesmas condições materiais para que seus cidadãos tenham o mesmo nível de desenvolvimento de seus recursos pessoais e impessoais. Contemporaneamente, os níveis de investimento e de qualidade

das políticas de saúde de uma comunidade empobrecida poderão não se equiparar com as de uma mais próspera. Todavia, relativamente, as preocupações e as atitudes daquela comunidade poderão ser mais sinceras e respeitosas com a igualdade do que as desta, levando em consideração as suas perspectivas e realidades. A igual consideração estará estimada na comunidade pobre, mas agredida na rica. Essa percepção, se vista com lentes inapropriadas, pode levar à acusação de que a igual consideração é relativa. No entanto, o juízo interpretativo também tem de conferir relevância a essas percepções e realidades e, nesse contexto, o valor abstrato básico de considerar a importância objetiva de cada vida humana não é relativo, mas genuinamente universal (Dworkin, 2011, p. 338). Quer isso significar que não se deve, nunca, confundir o mínimo com as possibilidades de cada realidade das correspondentes comunidades políticas.

Ser tratado com igual consideração significa receber um tratamento devido, na medida exata das possibilidades reais da comunidade política e do caso concreto. Isso não é o mínimo; é, sempre e em qualquer caso, o devido. É a devida consideração que o Estado deve ter com cada um de seus cidadãos (Penalva, 2011, p. 89).

Uma possível razão que ventilamos para a acolhida do mínimo existencial na jurisprudência é que ele se mostra com uma amplitude suficientemente abstrata para reduzir a complexidade, de acordo com o que afirmamos outrora com Penalva (2011). Torna-se um mecanismo astuto, porque promove uma fixação de um argumento padrão e, por consequência, facilita a apreciação e simplifica o dever da fundamentação. O padrão sustentado pelo mínimo existencial tratado pela jurisprudência, posto que abrangente e genérico, propicia a reprodução de deliberações judiciais, o que provoca uma certa ironia. Com efeito, no paradigma originário representado pela STA nº 175, o Relator, Min. Gilmar Mendes, repreendeu o hábito de todos os atores, na prática, de promoverem reproduções de peças processuais descontextualizadas das situações concretas e o fez nesses seguintes termos:

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde **para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado**, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2010, grifo nosso).

Na espécie, o Min. Gilmar Mendes expunha a sua preocupação e reprovava a prática constante relacionada à falta ou deficiência de instrução probatória, circunstância esta percebida por ele que levava às reproduções padronizadas, muitas vezes descontextualizadas, por todos

os atores do drama processual, advogados, defensores, procuradores, membros do Ministério Público e magistrados. Entretanto, é para isso que o argumento do mínimo existencial extrapola. Por ser um padrão, com a fundamentação no mínimo existencial, a reprodução genérica e muitas vezes descontextualizada é exatamente o que a jurisprudência proporciona. Assim como o argumento da reserva do possível é, mais uma vez nas palavras de Penalva, uma “irracionalidade do excesso de racionalidade” (2011, p. 14-15), o argumento do mínimo existencial também assim se apresenta.

Por ser padrão, o mínimo existencial vulnera o princípio da igual consideração, porquanto “padrões tornam-se insuficientes nos discursos de aplicação, principalmente quando se tem o compromisso de tratar as pessoas – que são diferentes – com igual consideração e respeito” (Penalva, p. 128). Argumentamos em outro momento que a história sugere fortemente que aqueles que manejam as fronteiras do tempo e do espaço, usufruindo do melhor conforto, usualmente não fornecem as respostas mais generosas sobre qual é o padrão mínimo que pode ser convivente com o padrão decente de dignidade.

Essa afirmação que fizemos é potencialmente expressiva quando voltamos os olhos, mesmo que breve e rapidamente, para o financiamento do Sistema Único de Saúde no Brasil. Historicamente, o Movimento de Reforma Sanitária perseguiu um financiamento adequado para sustentar um sistema de saúde universal com progressividade, o que levou a essa deliberação durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986. A Conferência se dedicou profusamente sobre a complexidade do tema do financiamento setorial e, dentre tantas deliberações, aprovou a defesa de que os “recursos destinados à saúde serão determinados através da pré-fixação de percentual mínimo sobre as receitas públicas”¹¹¹, conforme consta de seu Relatório Final (1986, p. 19). Essa exortação até foi prestigiada pelo Constituinte de 1988, que determinou que, “no mínimo”, trinta por cento do orçamento da seguridade social fosse destinado ao setor da saúde até que fosse aprovada a lei de diretrizes orçamentárias (art. 55, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Entretanto, como sabemos, tal previsão nunca foi obedecida.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 29/2000, a Constituição Federal passou a dispor que os entes federados deveriam aplicar, anualmente, recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde (§ 2º do art. 198). Apesar desses mínimos exortados constitucionalmente na forma do financiamento, na prática, quase sempre operaram como máximos, ao menos na linha das competências da União Federal. A título de exemplo do que

¹¹¹ Item nº 3 do Tema nº 3, “Financiamento do setor”.

acabamos de afirmar, apontam Pinto, Bahia e Santos (2016) uma estagnação persistente do custeio mínimo da saúde por parte da União desde a origem do novo regime constitucional de 1988, fazendo com que o piso mínimo operasse, na prática, como teto. Dentre outros artifícios para conter-se na estagnação do mínimo, indicam a “confluência de variáveis como a desvinculação de receitas da União – DRU, a existência de contabilizações indevidas, o cancelamento de restos a pagar contabilizados como ASPS [ações e serviços públicos de saúde] e a inexecução de dotações autorizadas” (2016, p. 229).

Essas lições da história apenas reforçam a compreensão de que o mínimo existencial em saúde não guarda correspondência constitucional, porque o mínimo, em todo esse contexto, é insuficiente, é deficiente. O direito à saúde não deseja apenas recuperação, mas promoção e proteção, consoante dispõe o art. 196 da nossa Carta Constitucional. A saúde não é apenas direito de todos e de cada um, mas dever do Estado, que deve garanti-la necessariamente por políticas sociais e econômicas. O mínimo existencial em saúde é uma resposta estéril daqueles em situação confortável àqueles em desconforto. E não é o que a Constituição constitui para a saúde. Dessa maneira, desejar o mínimo existencial é reduzir o conteúdo e o alcance do direito constitucional à saúde, rebaixando indecentemente a linha da igualdade.

Por sua vez, a redução ao mínimo provoca uma comodidade a quem está confortável, pois não precisa de muito para garantir o mínimo. E assim se faz. As políticas públicas *para* pobres se constituem, geralmente, em políticas públicas pobres¹¹², mal concebidas ou, quando não, mal executadas. A história novamente nos conta que políticas públicas constituídas verdadeiramente com a gênese de abrangência universal, isto é, para contemplar também os ricos e não apenas os pobres, são casos de amplo sucesso e referências não restritas ao âmbito interno, mas globais. Exemplo disso é o Sistema Nacional de Transplantes, considerado o maior programa de transplantes do mundo¹¹³. Por essa estratégia verdadeiramente universal, o SUS realiza a gestão da política, coordena a doação, captação e distribuição de órgãos e tecidos em todo o território nacional, com lista única de pacientes

¹¹² Devo essa reflexão a Marco Antonio Teixeira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, nos muitos diálogos e discussões sobre as sérias responsabilidades do Ministério Público brasileiro não na judicialização da doença, como ele costuma destacar, mas para o aperfeiçoamento das políticas públicas de saúde.

¹¹³ De acordo com informações do Ministério da Saúde acessadas no portal pelo link <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/snt>, em 20/08/2024.

necessitados. Recentemente, foi novamente exaltado em âmbito nacional por causa do sucesso do transplante de coração do famoso apresentador de programas de televisão, Fausto Silva¹¹⁴.

Outro sucesso reiteradamente recordado é a política de prevenção e tratamento de HIV/AIDS:

Durante anos o país foi considerado uma referência mundial na prevenção e, principalmente, no tratamento: **universal, abrangente e gratuito**. O país apresentava, desde o fim do século passado e início deste um decréscimo consistente no número de infecções, graças a amplas campanhas de conscientização e distribuição de preservativos. Para os infectados, como dito, nunca faltaram medicamentos, exames e consultas¹¹⁵ (Bahia, 2020, p. 58, grifo nosso).

Mais uma estratégia absolutamente valorosa é a do Programa Nacional de Imunização (PNI), que disponibiliza no âmbito do SUS 48 imunobiológicos gratuitamente¹¹⁶ e, igualmente, de abrangência verdadeiramente universal, figurando o Brasil como um país cuja oferta de vacinas gratuitas é das maiores do mundo. Foram várias as conquistas decorrentes da ação do sistema de saúde, como a certificação do país como área livre da circulação do poliovírus selvagem, em 1994, a eliminação da rubéola e da síndrome da rubéola congênita, em 2015, e a eliminação do sarampo, em 2016. No ano de 2017, o tétano neonatal também foi eliminado como problema de saúde pública. Além disso, com o PNI se obteve o controle de outras doenças imunopreveníveis como febre amarela, difteria, coqueluche e tétano acidental (Domingues *et al.*, 2020). É de se destacar que essas doenças citadas não são aquelas consideradas típicas da pobreza, porque decorrentes ou perpetuadoras destas condições¹¹⁷.

Outro ponto correlacionado com os breves registros que ora fazemos é o relativo às vacinas contra a covid-19. Muito embora já tenhamos refletido sobre a essencialidade do SUS

¹¹⁴ Em entrevista, o apresentador Fausto Silva agradece ao SUS pelo transplante realizado com sucesso: “Só tenho a agradecer aos meus médicos e ao SUS. Tudo isso também é graças ao SUS. Não é porque eu tenho dinheiro que estou bem. Tudo isso que fiz também é feito no SUS, e isso precisa ser valorizado. É importante que todos se informem sobre, e essa será agora a minha missão”. A entrevista foi extraída do link <https://www.uol.com.br/splash/colunas/lucas-pasin/2023/08/31/exclusivo-faustao-sinto-o-meu-coracao-batendo-mais-forte-e-algo-unico.htm>, acessado em 20/08/2024.

¹¹⁵ Nada obstante o sucesso histórico, Bahia faz um alerta diante de um cenário de retrocesso, o qual, de acordo com o autor, é derivado da ascensão de grupos religiosos conservadores no Congresso Nacional, assim como o corte de gastos relacionado tanto à prevenção, quanto ao tratamento, tudo justificado pela crise econômica. Diante desses atos oficiais, tais opções políticas “têm levado o país a retroceder aos patamares alcançados nos anos 1990” (2020, p. 52-58).

¹¹⁶ O Ministério da Saúde informa que, desse total, são disponibilizadas 31 vacinas, 13 soros e 4 imunoglobulinas, conforme consta do link <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/pni>, acessado em 20/08/2024.

¹¹⁷ Cumpre salientar que a política nacional de medicamentos prevê o Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (Cesaf), cuja finalidade estratégica é financiar a aquisição de medicamentos para tratamento de tuberculose, hanseníase, malária, cólera, micoses sistêmicas, dentre “outras doenças decorrentes ou perpetuadoras da pobreza” (Brasil, 2020).

no contexto da pandemia no Brasil no Capítulo 3, mesmo com um Presidente da República protagonizando embates com setores científicos e empenhado em desacreditar a importância da vacina, novamente o sucesso da estratégia vacinal se apresentou como essencial, desta vez para o encerramento da pandemia, tendo sido garantido por um SUS verdadeiramente universal e gratuito. Mas não sem luta.

Devemos lembrar que, após um hercúleo esforço da ciência, com grandes investimentos financeiros de nações, houve êxito em disponibilizar a vacina contra a doença. Porém, diante da busca tecnológica mundial, essa disponibilização era bastante limitada, o que levou países, incluindo o Brasil, a elencarem grupos prioritários a receberem as doses iniciais. Em nosso país, a Campanha Nacional de Vacinação contra a covid-19 se iniciou em janeiro de 2021, conforme primeiro Informe Técnico do Ministério da Saúde relacionado à estratégia vacinal (Brasil, 2021). Com uma disponibilização inicial de apenas 6 milhões de doses, e considerando que havia a necessidade de duas doses para completar o esquema vacinal daquela tecnologia, a estimativa calculada foi para abranger tão somente 2,8 milhões de pessoas. Assim, como objetivos, a estratégia foi desenhada para alcançar os grupos de pessoas que, destacadamente, indicavam maiores riscos de desenvolverem formas graves da doença, incluindo óbito, a exemplo de idosos e pessoas com deficiência internados em instituições de longa permanência e indígenas. A estratégia inicial também abrangeu trabalhadores da saúde envolvidos diretamente na assistência à saúde no âmbito da covid-19 (Brasil, 2021, p. 5-6). Com o avanço da produção vacinal mundial e o investimento do SUS, os grupos prioritários foram igualmente avançando para outras estratégias, como demais trabalhadores da saúde, pessoas com comorbidades etc. Como desfecho desta rápida recordação, até hoje¹¹⁸, foram aplicadas mais de 520 milhões de doses no país. Se levarmos em consideração somente a primeira dose (abrangendo também as tecnologias que exigem apenas a dose única), chegaremos a uma cobertura de mais de 190 milhões de pessoas, o que equivale a praticamente 90% da população brasileira¹¹⁹.

Citamos somente essas poucas práticas que são exemplos de sucesso, mas certamente não se esgotam nelas. Nosso foco, neste instante, foi apontar os fatores que todas

¹¹⁸ Dados atualizados até 20 de agosto de 2024 e extraídos do Ministério da Saúde por meio do link https://infoms.saude.gov.br/extensions/SEIDIGI_DEMAS_Vacina_C19/SEIDIGI_DEMAS_Vacina_C19.html, acessado em 22/08/2024.

¹¹⁹ A plataforma da Universidade Johns Hopkins que compila dados sobre o coronavírus (*Coronavirus Resource Center*) indica números semelhantes. Seriam mais de 189 milhões de pessoas imunizadas com ao menos uma dose e cerca de 502 milhões de doses aplicadas ao total. Os dados foram extraídos do link <https://coronavirus.jhu.edu/vaccines/international>, acessado em 22/08/ Acesso em: 22 ago. 2024.

elas têm um denominador comum, que é a abrangência verdadeiramente universal, mediante a qual as pessoas com capacidade financeira estavam e estão, de fato, inseridas na estratégia, necessariamente. Quando o vírus HIV assombrava o mundo, a doença não fazia distinções entre os recortes censitários. Para a estratégia vacinal, é comum, na maioria das vezes, senão em todas, eleger-se prioridades levando em conta critérios da vigilância epidemiológica e para doenças que em nada mantêm correlações com os recortes socioeconômicos. Os transplantes, identicamente, são absolutamente complexos e caros e, na esmagadora maioria, sem cobertura de planos privados de saúde. Percebe-se que, quando a parte mais rica da comunidade é necessariamente compreendida na estratégia geral do SUS, a política é exitosa porque concebida para não se contentar com os mínimos.

Agora, para nós, está muito mais evidente a resposta à pergunta que fizemos lá atrás. A quem nada tem, um pouco já basta ou pode ser até demais. Esta tem sido a resposta do nosso sistema dos mínimos e é a solução mais aconchegante aos que estão em berços confortáveis. O mínimo se presta somente a apresentar uma gota no chão da aridez, o que é improfícuo para torná-lo fértil. O mínimo é infrutuoso e insignificante. O mínimo existencial se torna somente as sobras da escassez.

A Suprema Corte e, por consequência, o Poder Judiciário de maneira difusa, ao criarem restrições pragmáticas à universalidade, reduzindo a linha da igualdade relativa às demandas judiciais de assistência à saúde somente para as pessoas pobres, reforçam a ideia de se satisfazer com as políticas pobres. O Poder Judiciário imagina que privilegia esse estrato populacional com esse comportamento, porém, na verdade, a conduta se revela absolutamente contraditória e acaba por privá-lo daquilo que seria dele por direito. Ao escolher somente os pobres, cria obstáculos ao desenho de políticas públicas mais abrangentes e eficientes e, ainda, incentiva a redução às políticas pobres. A conta é de subtração, na qual os pobres são o minuendo; o mínimo, o subtraendo; e o resto é a indiferença. A indiferença das sobras da escassez.

4.3 Reerguendo a legitimidade e a dignidade

De tudo o que desenvolvemos até o momento, podemos defender e, desde logo, apontar algumas conclusões. Nossa íris constitucional, ao ajustar a melhor luz para a leitura principiológica da saúde como direito, permite enxergar o que antes podia estar invisível. A leitura que o Supremo Tribunal Federal emprega é equivocada tanto do ponto de vista da

legitimidade, quanto da ótica do fundamento ético. A hipossuficiência e o mínimo existencial são duas faces da mesma medalha, tornam-se epiciclos pragmáticos e não apenas constroem, mas ofendem gravemente a universalidade constitucional em dois sentidos. Essas contensões, por nós chamadas de imposturas constitucionais, corrompem a dignidade não somente dos que possuem capacidade financeira, os quais, aparentemente, seriam os prejudicados mais imediatos da posição da Suprema Corte, por estarem, de antemão, fora de um círculo de pretensões juridicamente protegidas em saúde. Muito embora ocultadas pelas sombras, sejam dissimuladas ou não, as contensões também repercutem sobre os direitos dos que são considerados hipossuficientes, os quais seriam, também aparentemente, os beneficiários da jurisprudência. A eles, que não possuem capacidade financeira e apesar de se inserirem no campo das pretensões juridicamente protegidas, são conferidas apenas as sobras da escassez. Dessa maneira, a Corte desconsagra a igual consideração e respeito e fulmina a dignidade.

Assim, nossa proposta interpretativa pode parecer ousada, porquanto estamos trilhando um caminho profundamente antagônico ao construído pelo STF. A Corte vem admitindo interpretações bastante flexíveis sobre o conteúdo em si da saúde como direito, por vezes admitindo o escarnecimento das políticas públicas, especialmente ao se deparar com linhas mais individualizadas. Como consequência dessas margens mais alargadas, restringe o possível alcance das decisões judiciais com a criação do requisito da hipossuficiência, em conjunto com o mínimo existencial. Por essa criação, prejudicialmente se impede a discussão do conteúdo em si da saúde como direito, pois, antes de analisar se há propriamente um direito a ser reconhecido, apura-se se a parte interessada possui condições financeiras.

Por outro lado, em sentido diametralmente contrário, assumimos que os contornos do conteúdo em si mesmo da saúde como direito precisam ser absolutamente exigentes, porque o escarnecimento das políticas públicas desintegra a concepção do direito à saúde. Reconhecemos que políticas públicas, mesmo restritivas, integram internamente o seu conceito e isso não se apresenta como problema para o direito como integridade. Nada obstante essa leitura exigente, o aspecto do sujeito de direito deve ser absolutamente abrangente. A universalidade é aberta e, portanto, qualquer restrição a ela é uma impostura. De toda maneira, para não restarem dúvidas, que fique bem sedimentado nosso posicionamento: ingredientes restritivos também qualificam a saúde como direito, e a universalidade que apregoamos, de acordo com a leitura constitucional sob a melhor luz, não deve, nunca, significar tudo para todos a todo momento¹²⁰.

¹²⁰ Cf. o que desenvolvemos em nossa dissertação de Mestrado (Oshiro, 2011).

Como dissemos, é verdade – e isso há de ser reconhecido – que o STF vem se dedicando profusamente para criar parâmetros gerais sobre o fenômeno em assuntos que merecem mais destaque sob o regime de repercussão geral. Seleccionamos alguns deles no Capítulo 2, os quais podem ser representativos desse esforço. Ocorre que, admitindo sua derrota, vindo ser desrespeitados os parâmetros, assim como identificando que o Poder Judiciário em geral tem sido incapaz de conter decisões extravagantes que escarnecem as políticas públicas, cria esses instrumentos de correção que violam os valores constitucionais da maneira como discorremos.

Bem compreendidas as políticas públicas em toda a sua complexidade e integridade, reconhecendo-as como ingredientes, podemos levar a sério a saúde como direito. Ocorre que levar a sério o direito também significa reconhecer, incondicionalmente, que há direitos transitando fora das políticas públicas, por mais cuidadosas, estrategicamente concebidas e responsabilmente concretizadas. O apego pela objetividade não nos deve constranger para que, sempre que necessário, façamos repetidas reafirmações de que, mesmo as estratégias gerais mais sérias, não exigem a obstinação detalhada pela identificação dos direitos de cada pessoa enquanto indivíduo. Destarte, mesmo que as políticas (*policies*) tenham sido devidamente influenciadas por princípios, ainda assim, não raramente, direitos individuais poderão ser indevidamente afetados, como aliás é próprio de qualquer política. Por essa característica, é tão intuitivo quanto também é natural que, no cotidiano do comum, situações individuais escapem do espectro de abrangência das políticas bem pensadas. E, nisso, o direito como integridade se manifesta, a fim de garantir proteção especial para certos direitos. São os direitos como trunfos (*right as trumps*).

Todavia, o direito como integridade não admite que qualquer direito seja resgatado como um trunfo e, para identificá-lo, a resposta é exigente. A identificação passa pela legitimidade do direito, que é a reverência pela igual consideração e respeito, bem como pelos seus análogos éticos. Em razão da integração da ética, da moral pessoal e da moralidade política torna possível assimilar direitos que se manifestam como correspondentes aos deveres da comunidade política, os quais devem ser orientados, irrecusavelmente, para o prestígio imparcial da igual importância objetiva de todas as vidas humanas, assim como para o respeito pelas opções éticas de cada indivíduo, alteando as responsabilidades pessoais.

Guiado por esses valores, o sistema integrado pela unidade do valor promove uma construção dos dois princípios da dignidade que confia a preponderância dos direitos como trunfos. A trajetória, sem dúvidas, é reconhecidamente abstrata e, para torná-la mais concreta, nova abstração é formulada. Nesse sentido, o direito a uma atitude (*right to an*

attitude) é representativo de um teste interpretativo que autoriza uma distinção mais precisa e substancial entre erro e desprezo relativos ao princípio da dignidade, cujas graduações determinarão os níveis de afetação da legitimidade e, por consequência, a intensidade com que os trunfos poderão ser invocados.

A tarefa, conforme admitimos, não é fácil, mas o reconhecimento dos direitos fundamentais não admite metodologia abreviada. Esse farol não deve ser iluminado por regras, muito menos apriorísticas. Como intuímos, Dworkin indica o caminho das pedras, mas não sem antes apontar várias pedras pelo caminho. A história da construção dos direitos fundamentais é essa mesma, cheias de obstáculos, mas cujas conquistas são sacramentais.

Deste ponto também compreendemos que, sendo partes integrantes do mesmo ramo, a moral exerce uma influência importante sobre o direito e também, por consequência, revela contornos apropriados sobre o reconhecimento dos direitos como trunfos. Sob esta razão, percebemos que o ente coletivo que adota o direito como integridade se transforma não somente em uma comunidade cujas ambições mais decisivas são sua legitimidade e o primado ético, mas igualmente confere primazia à eficiência. Uma comunidade política que bem assimila a associação de princípios é mais capaz de introjetar a compreensão da “inevitabilidade do indisponível” (Carvalho Netto, 2021b) e de se deixar influenciar pelas dinâmicas de uma sociedade aberta, plural e mutável. A partir disso, os detalhamentos minuciosos se evidenciam como desnecessários, seja na legislação, seja na jurisprudência, porquanto os princípios cumprem mais eficazmente essa função. Dessa forma, em uma comunidade de princípios a relação passa a ser de confiança, o que admite a compreensão do direito como um fenômeno de transformação orgânica, que se expande e se contrai organicamente em conformidade com os graus de sofisticação dos padrões políticos e morais em sua temporalidade (Dworkin, 2014, p. 229-231). Essa comunidade confia nos trunfos.

Como consequência, se quisermos compreender a saúde como direito em toda a sua potência, as políticas públicas de saúde devem ser profundamente compreendidas em seu alcance e extensão. A ideia deve ser exaustivamente assimilada e abrangentemente compreensiva. Contudo, as políticas não são o fórum exclusivo que veiculam os direitos a ações e serviços públicos de saúde. A igual consideração e o igual respeito, por meio dos quais são erguidas as pilastras da dignidade nos termos em que desenvolvemos até o momento, nos admitem uma proteção especial, mesmo contra políticas legítimas e bem estruturadas. Portanto, dessa construção concluímos que, uma vez reconhecidos os trunfos como direitos políticos, eles são inseparáveis do patrimônio jurídico do indivíduo e que, forçosamente, devem ser reconhecidos pelos governos. Não há qualquer sentido em considerar um tipo de direito com

natureza independente quando for reconhecido pelo Poder Judiciário, seja lá o que isso possa significar, em contraposição quando for objeto de reconhecimento pelas políticas públicas. Desse modo, evidenciando-se como patrimônio indissolúvel da pessoa, não há qualquer base jurídica para que se possa criar o critério da incapacidade financeira como exigência prévia de reconhecimento. O contrassenso é evidente. Trunfos e condições prévias são expressões contraditórias em si mesmas.

4.4 A teia inconsútil da saúde como direito

A integridade manifesta vínculo direto e imediato com a igual consideração e respeito (Dworkin, 2014, p. 225). Além disso, a construção toda do autor, de maneira mais abstrata, é voltada tendo a centralidade das pessoas como fins, e não qualquer tipo de interpretação de que o indivíduo possa ser considerado apenas como meio de um objetivo mais geral (Guest, 2010, p. 23). A postura hermenêutica que defendemos, claramente destoante da interpretação que assumiu feições espantosamente naturais do Poder Judiciário, exige que sejam dedicadas algumas reflexões para realizar devidamente os ajustes na prática jurídica atualmente empregada.

Inicialmente, cumpre reafirmar, por algumas linhas, a correlação entre integridade e coerência. Antes ainda, inafastável recordar que o pragmatismo “finge” render homenagens à coerência e, por isso, a repetição tão natural de que a hipossuficiência configura um requisito insuperável dá o tom dessa imaginada coerência mantida pela postura jurisprudencial pragmática. Mas ainda que seja *imaginada* a coerência, estamos presenciando que a hipossuficiência é, de fato, considerada uma posição consistente e persistente no âmbito do Poder Judiciário, a qual se configura como um elemento limitador para pronunciamentos favoráveis de requerimentos por ações e serviços públicos de saúde.

No entanto, a integridade não busca a coerência pela coerência e, assim, não é uma concepção que apresenta fetiche na mera reprodução de repetições. Em si mesmas, as decisões do passado, por mais consistentes e persistentes no tempo e por mais explícitos que sejam os comandos delas derivados, não têm força para promover a sujeição da integridade. Enquanto manifestações, o que se imagina que seja direito somente faz sentido para a integridade quando satisfeitas determinadas condições. Caso contrário, diante de uma decisão, por mais aparente que seja com algo semelhante ao direito, a integridade se verá desrespeitada e desconsiderará o comando mais explícito de tal decisão. Desse modo, o compromisso da integridade é com a

comunidade de princípios que são a base fundamental de todas as decisões do sistema conglobado. A coerência para a integridade é de princípios e, portanto, muito mais abrangente e criteriosa. A leitura do direito por essa melhor luz da integridade, por vezes, determinará “afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo” (Dworkin, 2014, p. 264).

Assim, entendidas as decisões da Suprema Corte que selecionamos no Capítulo 2 de modo isolado, certamente a coerência mais estrita recomendaria o que grande parte do Poder Judiciário vem fazendo, inclusive a própria Corte, que é a reprodução praticamente automática do requisito da hipossuficiência financeira nas demandas que envolvem a saúde pública. Como afirmamos, somente com exceção do voto do Min. Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.471 (Tema nº 006), ao que parece, todos os demais pronunciamentos jurisdicionais repetem o critério sem sequer fundamentar os motivos pelos quais, de maneira insolente, se afastam dos princípios *explicitamente* valorados na Constituição Federal. Mas essa não é a coerência estrita que a integridade difunde. A integridade reprova e condena a coerência mais rudimentar, que veicula repetições com pouco esmero.

Os desígnios da integridade são a busca pela coerência de princípios em todo o conjunto das decisões políticas, porque o direito é criado por um único autor e, por consequência, somente pode expressar uma só visão e uma só voz para formar um único bloco inteiramente coerente. Daí, sucintamente, a razão pela percuciente metáfora do romance em cadeia (*chain novel*). A hipossuficiência e o mínimo existencial são como expressões de voz e visão de autores independentes, não contribuintes do romance e que representam uma imagem “iluminista”¹²¹ do Poder Judiciário ou, mais precisamente, da Corte Suprema. É a imagem de

¹²¹ A alusão ao termo se refere ao papel que o Min. Roberto Barroso defendeu ser próprio do Tribunais Constitucionais. Menciona que o papel “iluminista” promove “determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária”. Segundo argumenta, “para espancar qualquer maledicência”, justifica que o termo empregado deve ser entendido como uma razão “que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social”, mas que deve “ser exercida com grande parcimônia”. Citando Dworkin, Barroso defende que “o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional” e que o juiz é “com frequência, coparticipante do processo de criação do direito” (Barroso, 2018). Bustamante critica os argumentos de Barroso defendidos no artigo e, especialmente para fixar um ponto geral, se fundamenta no fato de que “todos os cuidados tomados pelo autor de *O Império do Direito* [Dworkin] para diferenciar a interpretação da “invenção” do direito foram negligenciados pelo Ministro Barroso. Sua teoria constitui um caso claro de ativismo judicial, com baixo grau de fidelidade ao direito” (2021, p. 419). Outro ponto “radical” destacado por Bustamante é que Dworkin, como é notório aos que se alinham à sua teoria, defende uma objetividade interpretativa, enquanto que, para Barroso, “a interpretação está sempre sujeita à percepção e à sensibilidade do intérprete” (2021, p. 393). Não podemos deixar de considerar que, antes mesmo da tentativa de o Min. Barroso fundamentar os motivos pelos quais a universalidade poderia ser colocada à margem nos pronunciamentos judiciais, o Poder Judiciário já se inclinava fortemente pela posição. Ocorre que, levando em consideração as críticas de Bustamante, as decisões sobre a hipossuficiência realmente aparentam encontrar suporte no “iluminismo” da Corte Constitucional, o que não é um elogio.

uma ânsia por originalidade. Porém, para o romance em cadeia ser exitoso, não se quer originalidade, quando isso significar o limiar de um talento glorioso marcado pela disjunção dos princípios mais fundamentais.

“A originalidade não deve ser procurada, porque então é extravagância. Deve observar-se o que usualmente se faz e tentar melhorá-lo”¹²². A frase, que contextualmente poderia ser atribuída a Dworkin, é de Gaudí, mas é bem representativa do romance em cadeia. A propósito, como licença argumentativa, podemos nos inspirar no que é considerada a sua *Obra Maestra*, a basílica da Sagrada Família, em Barcelona, Espanha. Gaudí assumiu o projeto da basílica em 1883, transformando um projeto inicial de estilo neogótico em um “templo absolutamente original”¹²³, concebendo-o para “construir o templo perfeito”. Movido por essa aspiração por perfeição, fez crescer sua fé enquanto se aprofundava nos conhecimentos em assuntos religiosos. Por isso, sua ambição era tornar a “Sagrada Família como uma Bíblia de pedra onde se conta a história e os mistérios da fé cristã”, transcendendo como um completo sistema simbólico. A sua missão era representar as celebrações dos ritos litúrgicos e, no projeto monumental, concebeu três grandes fachadas que evocam os três momentos transcendentais da vida de Cristo: o nascimento (Fachada do Nascimento), a morte (Fachada da Paixão) e a ressurreição (Fachada da Glória) (Dos de Arte, 2011).

Todavia, o artista morre em 10 de junho de 1926, aos 74 anos, sem completar a sua obra, ainda hoje inconclusa após quase 150 anos do lançamento da Pedra Fundamental. Quando de sua morte, apenas a primeira das fachadas estava parcialmente concluída. Ainda, lamentavelmente durante a Guerra Civil espanhola, planos, esboços e maquetes de Gaudí foram destruídos em 1936, havendo sido conservados apenas alguns modelos de gesso que foram restaurados após a guerra. Para dar continuidade à *Obra Maestra* e à genialidade da concepção, foram necessários esforços conjuntos para mantê-la como um todo coerente.

Vários são os exemplos dos esforços empreendidos nesse sentido. Podemos ilustrar um deles pelo Portal do Rosário, em que todos os elementos arquitetônicos são decorados por rosas de pedra como se fossem renda de bilro. Esses elementos mostraram aos arquitetos que continuaram a sua obra como a decoração do interior da basílica deveria ser realizada. Outro exemplo são as esculturas do coro de anjos da Fachada do Nascimento, que foram destruídas

¹²² Tradução própria. No original: “La originalidad no debe buscarse, pues entonces es extravagancia. Debe observarse lo que hace usualmente e intentar mejorarlo” (Dos de Arte, 2011, p. 100).

¹²³ O projeto original da basílica, em estilo neogótico, foi feito pelo arquiteto diocesano Francisco del Villar. A Pedra Fundamental foi colocada em 19 de março de 1882, no entanto, Del Villar demitiu-se em 1883 (Dos de Arte, 2011, p. 11).

durante a mesma Guerra Civil. Antes feitas de gesso, foram reconstruídas talhadas em pedra pelo escultor japonês Etsuro Sotoo, em interpretação das ideias deixadas por Gaudí. Último resgate que podemos fazer é a Fachada da Paixão de Cristo, que somente se iniciou em 1957, mais de 30 anos após a morte de Gaudí; além disso, as esculturas que ornamentam essa fachada representam a dor e a morte de Jesus Cristo, as quais foram encarregadas a Josep Maria Subirachs, que, antes de começar a esculpi-las no ano de 1987, dedicou-se primeiro por cerca de um ano à obra do artista para compreendê-la como um todo (Dos de Arte, 2011).

Podemos observar que a continuidade da obra gaudiniana somente foi possível porque os profissionais que lançaram mão ao prosseguimento não declararam independência, mas buscaram o aprofundamento em seus princípios arquitetônicos, mantendo-se fiel aos seus propósitos mesmo sem a genialidade de Gaudí e mesmo não contando com seus planos, esboços e maquetes. A Sagrada Família é mesmo muito parecida com a integridade e com a sua metáfora. Anos de construção e reconstrução, mesmo com infortúnios e catástrofes pelo caminho, se mantém coerente com sua estrutura e seus desígnios mais profundos.

Com toda a trajetória já percorrida, acreditamos que é possível afirmar que a hipossuficiência e o mínimo existencial, sendo duas faces da mesma medalha, são argumentos utilizados por autores que tentam caminhar com independência. Esses autores, ambicionando originalidade, não se constroem diante dos princípios mais fundamentais e um tanto quanto evidentes. Em tons mais categóricos, a hipossuficiência e o mínimo são nitidamente argumentos de política que não estão à disposição dos juízes, configurando-se, mais apropriadamente, como instrumentos pragmáticos, imposturas constitucionais que pervertem a legitimidade, traem a igualdade e agridem a dignidade.

Necessitamos, desse modo, promover ajustes na prática jurídica. Muito embora tenhamos classificado nossa defesa como ousada, por ser profundamente antagônica, não nos aparenta qualquer ruptura radical. Com efeito, no Capítulo 2, denominamos de “teia decisória” um conjunto de seis decisões do STF que selecionamos, os quais transitam entre os vários assuntos do chamado fenômeno da judicialização das políticas de saúde. Propositadamente, não nos aprofundamos sobre vários aspectos dessas decisões, pois o objetivo central da tese foi especialmente a dedicação à análise da capacidade financeira como critério insuperável para a tutela jurisdicional favorável. Entre si, esses julgamentos da “teia decisória” guardam uma coerência estrita.

Contudo, selecionamos outro julgado, o Recurso Extraordinário nº 581.488 (Tema nº 579), Relator Min. Dias Toffoli. Em razão dessa estreita coerência a que nos referimos, fizemos uma reflexão naquele instante e mencionamos que o RE nº 581.488 não fazia “parte da

mesma tessitura jurisprudencial da teia” acima destacada. De fato, aparentava fazer parte de “outro ramo” do direito à saúde do STF. Se por um lado, a “teia decisória” não vislumbra qualquer problema em fazer uma divisão da natureza do direito à saúde, sendo ao mesmo tempo universal e limitado, a depender da gênese das ações e serviços de saúde a serem contemplados, por outro, o RE nº 581.488 reconhece a universalidade, integralidade e equidade como indiscutíveis. Naquela, a igualdade sofre severo abalo pela escolha da hipossuficiência como requisito, neste, no âmbito do SUS, o “tratamento igualitário é uma regra que não comporta exceções”. Na “teia”, a condição socioeconômica é decisiva para a definição de direitos, no RE nº 581.488, a circunstância socioeconômica é ultrajante se houver pretensão de ser elevada a uma condição de modo de atendimento no SUS.

Em face dessa notória incompatibilidade de entendimentos dentro de julgados estabelecidos pela própria Corte Constitucional, como ajustar a prática? A única resposta certa deve ser que as nossas preferências são pela integridade, ao invés da coerência mais estrita. Pela integridade, “os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma” (Dworkin, 2014, p. 203). Essa é a teia inconsútil (*seamless web*)¹²⁴ (Dworkin, 1978, p. 115). Todas as decisões políticas de uma comunidade, o que inclui leis e precedentes judiciais, devem formar um só bloco firme e coerente. Muito embora o direito não seja essa representação, é preciso demonstrá-lo como se fosse um tecido inconsútil, sem fissuras nem emendas. Decisões políticas, que aparentemente se mostrem incompatíveis em algum grau com outras decisões, devem ser devidamente escrutinadas a fim de identificar os princípios subjacentes a essas decisões que as justificam. Assim, para que o direito se mantenha como um tecido sem fissuras nem emendas, não é suficiente que os precedentes se unam entre si em um amontoado coerente, é necessário ser mais abrangente e que os princípios que os sustentam se ajustem a todo o conjunto de decisões políticas em um encaixe perfeito.

Como vimos, a hipossuficiência e o mínimo existencial são incompatíveis com a nossa comunidade de princípios, o que ocasiona uma fissura em nossa teia, com força suficiente para provocar a ruína da saúde como direito. Nada obstante essa incompatibilidade, devemos

¹²⁴ Em nossa dissertação de Mestrado, utilizamos a versão espanhola de *Taking rights seriously (Los derechos en serio)*, que traduziu “the seamless web” para “un entramado complejo” (1999, p. 188). Da versão espanhola, traduzimos livremente para “trama maciça” (Oshiro, 2017, p. 63). Em versão mexicana, “la túnica inconsútil” (1981, p. 58). Agora, na presente tese, com relação à expressão, daremos preferência à tradução de *Levando os direitos a sério*, que denominou como “a teia inconsútil” (2007, p. 180). Com relação aos demais aspectos, por acreditar que exista algum prejuízo na tradução brasileira, utilizamos e, quando necessário, continuaremos a utilizar a versão original.

adequar a afirmação que fizemos outrora após todo o nosso desenvolvimento até aqui. O RE nº 581.488, embora aparentemente desalinhado com o tecido do que chamamos de “teia decisória” do direito à saúde no STF, deve se incorporar perfeitamente aos demais pronunciamentos da Suprema Corte sobre o tema. Seguimos com a ementa:

Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Alcance da norma do art. 196 da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

1. É **constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde**, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante **o pagamento da diferença dos valores correspondentes**.

2. **O procedimento da “diferença de classes”**, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, **não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana**. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal.

3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação.

4. Recurso extraordinário a que se nega provimento (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2016, grifo nosso).

Pela ementa, percebemos que o RE nº 581.488 converge de modo importante com as nossas argumentações. O pronunciamento do Min. Dias Toffoli, Relator, ao decidir que no âmbito do SUS o “tratamento igualitário é uma regra que não comporta exceções”, no que foi acompanhado pelos demais Ministros da Corte por unanimidade¹²⁵, deve dar margem à reivindicação de que a Corte Suprema, na antes mencionada “teia decisória”, vinha e vem decidindo com base no que se acreditava ser o direito, o que se demonstrou que, em verdade, não é. Não podemos nos esquecer que, assim como o paradigma originário, o RE nº 581.488 também respirou os ares multidisciplinares de uma audiência pública, estabelecendo uma decisão inspirada nessas oportunas contribuições. Não temos dúvidas, como já afirmamos, que nesse julgado o STF se pronunciou sobre o direito à saúde com a leitura constitucional em sua melhor luz principiológica.

¹²⁵ Lembrando que estavam ausentes apenas os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso, ambos justificadamente.

Desse modo, devemos deixar de lado as imposturas constitucionais e erguer, novamente, os fundamentos da legitimidade do direito que induzem não somente a coercitividade, mas também as obrigações políticas genuínas. De igual maneira, podemos reassentar as bases para a dignidade, edificando os princípios do individualismo ético, o respeito próprio e a autenticidade, em um ambiente distinto com ética e moral integradas entre si. É nesse ambiente, conviventes legitimidade e dignidade, que podemos alcançar os propósitos de viver bem. Viver bem não é mais requerente de um direito como instrumento de conservação das bases da formação social brasileira (evidentemente inigualitárias), mas o vetor da dignidade com o qual se veiculam as transformações sociais vocacionadas para a igual consideração e respeito.

Nessas condições, a legitimidade do direito, guiada pelo princípio da igual consideração e respeito, e os postulados da dignidade não admitem que a capacidade financeira, tal como foi decidido no RE nº 581.488, seja um requisito constitucionalmente reconhecido, especialmente porque é um argumento de política que não está ao alcance dos magistrados. A hipossuficiência e, por força de consequência, o mínimo existencial, solapam a dignidade nos dois sentidos, tanto aos que não possuem capacidade financeira quanto aos que contam com ela e, como desfecho, configuram-se como mecanismos de contenção pragmática. Em razão desse pragmatismo, quaisquer alusões às circunstâncias socioeconômicas são infamantes. Assim, a integridade expõe a verdade inconcussa de que, o que a Suprema Corte apregoava como sendo o direito, em realidade, são imposturas constitucionais. Nossa obstinação se direcionou a explorar essa realidade e, se tivermos conseguido obter sucesso, as imposturas deverão ser abandonadas. Agora, com nosso êxito, a teia inconsútil restitui a harmonia com a comunidade de princípios e proporciona a ressignificação da saúde como direito tal como estabelecida na Constituição.

4.5 *Excursus*: contributos para a solução prática

Em nossa trajetória, afirmamos a incorreção do entendimento do Supremo Tribunal Federal, mais propriamente da justificação do Min. Roberto Barroso, de que a saúde, quando declarada pelo Poder Judiciário, forma um tipo de direito com uma natureza independente da saúde proveniente de construções de políticas públicas formuladas pelo Poder Público. Esse argumento de independência das naturezas foi utilizado, sobretudo, para justificar a criação do critério restritivo da hipossuficiência que seria particular das demandas judiciais, distinguindo-

se da natureza universal explicitada como princípio constitucional. Assim, assumimos que se trata de uma decisão que não encontra suporte constitucional e que, portanto, deve ser abandonada para fins de limitação ao acesso jurisdicional. A saúde como direito possui apenas uma única natureza e o respeito pela universalidade é inatacável.

No entanto, vislumbramos que a distinção se torna útil em outro sentido completamente diferente, especialmente porque o fenômeno da judicialização apresenta vieses nem sempre tão aparentes para o cumprimento das determinações judiciais. Não faltam reclamações de gestores sobre a vinculação determinada pela Constituição em relação aos investimentos em saúde e educação, no sentido de que imobilizam o Poder Executivo para promover o custeio em outras áreas que entendem mais prementes¹²⁶. Em relação à saúde, a obrigatoriedade da União é de executar pelo menos 15% da receita corrente líquida (art. 198, § 2º, inciso I, da Constituição). Quanto aos entes subnacionais, a vinculação estabelecida, na forma do art. 198 da Constituição, é de 12% para Estados e 15% para Municípios em relação à arrecadação de impostos (respectivamente, arts. 6º e 7º, da Lei Complementar nº 141/2012). É nesse espaço de vinculação de alocação orçamentária que os gestores tentam se movimentar e, não raras as vezes, flexibilizar a regra obrigatória.

Além disso, historicamente, conforme apontamos anteriormente, são utilizados artifícios que implicam em subfinanciamento da área da saúde, como manejo de restos a pagar ou contabilização de despesas de outras áreas como se fossem ações e serviços públicos de saúde¹²⁷ (Pinto, Bahia e Santos, 2016). Em suma, as adversidades relacionadas ao correto financiamento da área da saúde são politicamente consideráveis e, sempre que possível, gestores buscam incluir ações e serviços de áreas distintas no cálculo do mínimo constitucional de investimentos em saúde a fim de liberar as alocações orçamentárias para exibir maior desenvoltura discricionária com outros gastos públicos.

¹²⁶ Exemplos existem aos montes, porém ficaremos apenas com a mais atualizada e que tem potencial de repercutir amplamente com o chamado novo arcabouço fiscal. “Entendemos que há critérios que podem ser melhores que a mera indexação”, defendeu o secretário do Tesouro Nacional. “Segundo a equipe econômica, esses pisos criam problemas porque os gastos totais do governo estão submetidos a uma regra geral, que era o teto de gastos e será substituída pelo novo arcabouço fiscal. Dessa forma, caso os gastos com uma das duas áreas (educação e saúde) cresçam mais que a média das despesas, sobra uma fatia menor para outros tipos de gastos”. A reportagem está disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-03/governo-quer-reavaliar-pisos-para-gastos-com-saude-e-educacao>, acessado em 25/08/2024.

¹²⁷ A título de exemplo, o Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde – FISCISAÚDE (Acórdão nº 693/2014 – TCU, Plenário em 26 de março de 2014) identificou “o valor de R\$ 1,45 bilhão relativo a saneamento básico urbano, embora as disposições da Lei Complementar nº 141/2012 apenas autorizem a inclusão de despesas relativas ao saneamento de domicílios ou pequenas comunidades, distritos indígenas e quilombolas”.

Essas adversidades são tão antigas quanto o déficit de financiamento do SUS. As disputas políticas pelo melhor financiamento passavam pelas discussões a respeito sobre o que deve ser obrigação de custeio do Estado como um todo e o que deve ser uma expressão mais específica do setor da saúde e, para fins orçamentários, isso não é a mesma coisa. A pobreza mantém correlação imediata com o processo da doença, e não o contrário, e é o que se pode apreender do art. 3º, da Lei nº 8.080/1990, considerada a Lei Orgânica da Saúde, ao ditar que os “níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País”. Essa expressão legal deixa em evidência que é a organização política do Estado como um todo que influencia os níveis de saúde da população. “Quanto mais organizada a sociedade do ponto de vista econômico e social, maior a probabilidade de se obterem níveis de saúde mais elevados” (Carvalho, Santos, 1995, p. 61).

A disputa assim se revelava para definir o exato conceito de “ações e serviços públicos de saúde”, porquanto somente se calcula o mínimo a ser aplicado a partir dessa conceituação. De fato, o mesmo art. 3º da Lei nº 8.080/1990 menciona que a saúde tem como fatores “determinantes” e “condicionantes”, entre outros, a alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente etc. Sem dúvida, todas essas causas “determinantes” e “condicionantes” repercutem na saúde de uma população, mas não são atribuição da área da saúde propriamente dita. Afinal, é o Estado, em termos gerais, que precisa se desincumbir de proporcionar, mediante políticas econômicas e sociais efetivas e eficientes, a melhoria dessas mesmas “determinantes” e “condicionantes”.

Sob essa perspectiva de distinguir, para efeitos de aplicação dos percentuais mínimos em saúde, que Santos propôs uma divisão didática do conteúdo do art. 196 da Constituição. Para a autora, a primeira parte do dispositivo que menciona que a saúde é “dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” se refere às “determinantes” e “condicionantes”, cuja responsabilidade é do Estado como um todo, ainda que tenha interferências na saúde. Já a segunda parte, que revela ser dever do Estado garantir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, delimita o “direito à saúde que está no campo de atribuição do SUS” (Santos, 2012, p. 61).

Com base nessa disputa, que muitas vezes levou os gestores a computar programas de merenda escolar, de saneamento básico, providências relacionadas ao meio ambiente como ações e serviços em saúde, somente em 2012 foi aprovada a Lei Complementar nº 141, que buscou esclarecer mais precisamente o que constitui (art. 3º) e o que não constitui (art. 4º) despesas com ações e serviços públicos de saúde “para fins de apuração dos percentuais

mínimos”. Algumas previsões do art. 4º parecem óbvias, mas, justamente na arena das disputas políticas, sempre que podiam, os gestores faziam ajustes para que fossem embutidos os gastos no custeio vinculado. O inciso I do art. 4º, por exemplo, teve que prever que o “pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde”, que obviamente é despesa da Previdência Social, não deve ser computado como despesa de saúde, porquanto era praxe efetivar o “pagamento de pessoal inativo da saúde com os recursos do fundo de saúde” (Santos, 2012, p. 71).

De toda maneira, nosso objetivo nesse *excursus* se volta propriamente para propor uma importante circunstância de custeio das ações e serviços públicos de saúde decorrentes de demandas judiciais, levando necessariamente em consideração todo o contexto das disputas sobre a mais adequada forma de financiamento do SUS. Não podemos deixar de reconhecer que o fenômeno da judicialização não representa uma única face, mas muitas variáveis. São demandas que questionam possíveis vazios assistenciais, mas outras decorrentes apenas de resistência infundada de profissionais de saúde em acompanhar as diretrizes das políticas públicas¹²⁸. Há demandas que evidenciam a deficiência de competência dos gestores, porém outras que simplesmente desconsideram a complexa estrutura organizacional do SUS.

A LC nº 141/2012 trouxe disposições didáticas e claras sobre a forma de financiamento do SUS, a fim de trazer alguma sustentabilidade para o desenvolvimento de suas responsabilidades. Podemos iniciar com a previsão do art. 2º¹²⁹, que estabelece o seguinte:

Art. 2º Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre

¹²⁸ Por essas razões, dentre outras, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo previu, mediante a Resolução CREMESP nº 278, de 23/09/2015, a necessidade de a prescrição médica observar os protocolos e, caso discordasse, obrigatoriamente apresentar a competente justificativa médica. Essa Resolução do conselho de classe veio a fortalecer uma normatização da Secretaria de Saúde do mesmo estado (Resolução SS nº 83, de 17/08/2015), que dispunha sobre as mesmas obrigações e, inclusive, previu eventual “ressarcimento ao erário, do custo de medicamento judicializado contra a Fazenda do Estado, originário da prescrição da rede estadual de saúde em desacordo com as normas e orientações que disciplinam as ações e atividades do SUS”.

¹²⁹ Cumpre salientar que esse dispositivo reproduziu os critérios definidos pelo controle social, representado pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS). A Resolução CNS nº 322, de 08/05/2003, disciplinou diversas diretrizes para a aplicação da Emenda Constitucional nº 29/2000 e, na Quinta Diretriz, definiu os critérios simultâneos para que ações e serviços públicos de saúde pudessem ser levados em conta para efetivar o cálculo correto.

determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população (Brasil, 2012)

Percebemos que o inciso III do art. 2º repete o que assentamos anteriormente. Como buscamos revelar na breve introdução ao tema, em face das mais variadas celeumas construídas sobre o comando constitucional, inclusive da universalidade, a legislação trouxe disposições claras e redundantes. De toda sorte, aos objetivos do *excursus*, mais especialmente “para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos”, nos interessa mais propriamente as disposições dos incisos I e II do mesmo artigo.

De início, nesse particular, é de se dizer que, em seu *caput*, a disposição do art. 2º exige o advérbio “simultaneamente”, o que requer que a “universalidade” (inciso I) e as “políticas públicas” (inciso II) estejam associadas intimamente. Para bem se situar em relação aos planos mencionados no inciso II, a legislação determina que cada ente da Federação elabore os planos plurianuais de saúde¹³⁰, para uma extensão de quatro anos, e as programações anuais de saúde¹³¹, que nada mais são que os recortes anualizados dos planos. Estes são instrumentos de planejamento valiosos e que são orientados por objetivos e compromissos, metas e reserva orçamentária para o cumprimento desses propósitos. Além disso, propiciam transparência para que, anualmente, sejam obrigatoriamente elaborados relatórios anuais de gestão a fim de servirem de mais um instrumento de fiscalização por parte não apenas das autoridades, mas também da participação popular representada pelos conselhos de saúde. Tudo isso, portanto, significa a construção de políticas públicas de saúde dos entes.

Outrossim, a LC nº 141/2012 inequivocamente determinou:

Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

[...]

III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; (Brasil, 2012).

¹³⁰ A Portaria GM/MS nº 2.135, de 25/09/2013, estabeleceu diretrizes para o planejamento em saúde. Atualmente, a norma foi incorporada à Portaria de Consolidação (PRC) nº 01, de 28/09/2017. Em relação ao Plano, a PRC 01/2017 dispõe o seguinte: “Art. 96. O Plano de Saúde, instrumento central de planejamento para definição e implementação de todas as iniciativas no âmbito da saúde de cada esfera da gestão do SUS para o período de quatro anos, explicita os compromissos do governo para o setor saúde e reflete, a partir da análise situacional, as necessidades de saúde da população e as peculiaridades próprias de cada esfera (Origem: PRT MS/GM 2135/2013, Art. 3º)” (Brasil, Ministério da Saúde, 2017).

¹³¹ O art. 97, da PCR nº 01/2017, dispõe: “A Programação Anual de Saúde (PAS) é o instrumento que operacionaliza as intenções expressas no Plano de Saúde e tem por objetivo anualizar as metas do Plano de Saúde e prever a alocação dos recursos orçamentários a serem executados (Origem: PRT MS/GM 2135/2013, Art. 4º)” (Brasil, Ministério da Saúde, 2017).

Uma vez mais, optou-se pela redundância que, na verdade, formou uma tripla repetição. Realmente, o inciso I do art. 2º já contém conteúdo mandamental de que somente ações e serviços de saúde universais são idôneos a compor o cálculo para fins de aplicação do percentual mínimo constitucional. Além disso, o *caput* do mesmo artigo dispôs que, para a mesma finalidade de estabelecer o cálculo correto, deveriam atender também aos “princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990”, em cujo inciso I reproduz o princípio constitucional da “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”. Por fim, esse inciso III do art. 4º da LC nº 141/2012, agora em uma fórmula negativa, repetiu que não se aceita, para fins de aplicação dos percentuais mínimos, ações e serviços de assistência à saúde que são fechadas à universalidade. É o pleonasmo da universalidade.

Portanto, como consequência ao que discorreremos, o regramento legal determina que, para o cálculo apropriado de investimentos na área de saúde condizentes com o percentual de recursos mínimos delimitados constitucionalmente, as ações e serviços públicos de saúde, necessariamente, devem estar abrangidos por uma política pública devidamente constituída e que tal política, também necessariamente, deve ter amplitude universal.

Assentamos alicerces firmes de que, ao contrário do direito penal, que não vaga fora das leis escritas, inequivocamente há direito à saúde caminhando fora das políticas públicas. E nesse direito a ser juridicamente protegido pelo Poder Judiciário, quando assim for provocado, não raramente estará ausente a amplitude universal. Nessas ocasiões, baseados nos pressupostos legais a que nos referimos, nos parece mais correto que seja definida como uma obrigação que não se encontra inserida no campo de atribuição do SUS, devendo seu custeio ser suportado pelo Estado como um todo. Não estamos abrindo uma dicotomia simplista no sentido de que toda ação ou serviço determinado pelo Poder Judiciário seja atribuído aos cofres do Tesouro. A solução que defendemos é no sentido de que o custeio somente deve ser atribuído ao Estado como um todo, e não ao SUS, quando houver decisão que não implique em abrangência universal e esteja diante de ausência de uma política pública nesse contexto.

Assim, hipoteticamente, podemos imaginar um caso de o Ministério Público manejar uma ação civil pública que tenha como objetivo a organização da central de regulação estadual a respeito das cirurgias eletivas em razão da alta quantidade de pessoas à espera de providências úteis, circunstância esta que evidencia uma gestão potencialmente desorganizada. Dentre as exigências, constam medidas que envolvam a criação ou aperfeiçoamento de protocolos para definirem critérios clínicos de prioridade, aumento da capacidade estagnada dos centros cirúrgicos e melhoria das rotinas que envolvam as comunicações entre a central de

regulação e os diversos centros cirúrgicos da rede de saúde. Em caso de decisão judicial favorável, certamente as providências não se resumirão à reorganização da gestão, mas envolverão investimentos preciosos. Podem ser necessárias contratações de consultorias, capacitação dos profissionais, aquisição de *softwares* com ferramentas destinadas ao eficiente controle das filas de prioridade, de ferramentas de controle das horas ociosas de cirurgiões, anestesistas e equipes de apoio, readequação e redimensionamento das equipes técnicas que promovem a regulação de leitos e que transitam em todas as rotinas para os agendamentos, evitando as recorrentes e evitáveis suspensões de cirurgias já agendadas e até eventualmente aumento do quadro de pessoas para se desincumbirem dessa finalidade essencial. Aqui, não haverá dúvidas de que as determinações judiciais terão amplitude universal e, em sentido mais amplo, estarão vinculadas a políticas públicas.

Por outro norte, podemos imaginar a situação de uma pessoa que seja acometida por uma doença rara. Devemos reparar que o fato natural de as doenças raras abrangerem poucas pessoas não deve significar que não possa haver uma estratégia universal. Mas, para o nosso propósito nessa oportunidade, devemos imaginar que não haja política pública, seja porque a doença foi descoberta há pouco, seja porque dados estatísticos do Poder Público não recomendavam que assim se procedesse. Em face dessa situação, não podemos conjecturar que há erro administrativo em face da inexistência de política pública. Todavia, o erro se manifestará se eventual apreciação de um direito como trunfo não for desafiado substancialmente. Imaginemos que surja no mercado um medicamento testado e demonstre, conforme as diretrizes da medicina baseada em evidências, que é uma tecnologia efetiva para a recuperação da saúde. Ao ser provocado, o Estado, agora erroneamente em face de um trunfo, nega o fornecimento ante a uma justificativa de que não faz parte da política pública e que o Estado somente se obriga, baseado na decisão do STF, diante de políticas públicas universalmente constituídas. Independentemente de essa interpretação do Estado estar correta, diante de tal negativa, as portas do Poder Judiciário são vibradas e, com base no direito como integridade da maneira como expusemos, enlevando os direitos como trunfo, a pretensão jurídica pela pessoa acometida pela doença rara é protegida, sendo garantida a dispensação do medicamento. Percebemos, realmente, a inexistência de política pública destinada a essa doença rara ou a um conjunto de doenças raras. A abrangência não é universal.

Portanto, diante da vinculação ao percentual mínimo constitucional cujo princípio é a garantia de um financiamento razoável para a mais honesta rede compreensiva de ações e serviços públicos de saúde, os recursos a serem destinados ao cumprimento da demanda judicial devem ser originados dos cofres do Estado como um todo, de algum setor a ser politicamente

decidido, desde que não seja do fundo de saúde. Cabe destacar que essa proteção orçamentária à saúde, ademais do § 2º do art. 198, igualmente está garantida por disposições que formam uma blindagem constitucional¹³². O inciso IV do art. 167, da Constituição, protege a vinculação do percentual mínimo para investimento em saúde ao excetuá-la do princípio geral de não afetação da receita de impostos. Ainda, a garantia foi exaltada, conforme a doutrina¹³³ comumente denomina, como um princípio constitucional sensível, na forma prevista na alínea ‘e’ do inciso VII do art. 34 e no inciso III do art. 35, ambos da Carta de 1988.

Pode-se até objetar que estamos propondo uma interferência indevida nas opções *políticas* (*politics*¹³⁴) do Estado, almejando ditar de qual fonte o recurso deverá sair, o que seria uma decisão tipicamente *política* (*political*). Como breve resposta, podemos responder dando o devido destaque de que não estamos utilizando argumentos de política ao propor de onde deverão se originar os recursos públicos, como no caso do exemplo imaginado. A opção *política* já foi feita pela LC nº 141/2012 e, em conclusão, nossa proposição não tem a natureza de se intrometer no modo pelo qual o Poder Público gerencia suas finanças. Até porque, o que propomos, é que não sejam utilizados de um determinado setor – o fundo de saúde –, cabendo ao poder *político* avaliar, ou até mesmo criar, qual a rubrica orçamentária apropriada.

Para finalizar, as últimas palavras. A fim de garantir a correta aplicação do percentual mínimo, tanto para facilitar as programações orçamentárias e financeiras da saúde, quanto para facilitar a fiscalização da aplicação propriamente dita, determinou-se a obrigatoriedade de que devem ser criados fundos de saúde de cada ente federativo. Essa previsão promove a exceção do regime do chamado “caixa único” do Tesouro do ente federativo determinado pelo § 3º do art. 164 da Constituição.

Os fundos de saúde se constituem em “contas específicas” (parágrafo único do art. 2º e § 2º do art. 12, ambos da LC nº 141/2012). Assim, “se os recursos do SUS não estiverem unificados em um só caixa [fundos de saúde], a sua dispersão embarçará a ação fiscalizadora

¹³² Oportuno destacar que Pinto (2016b) enfatiza a existência de um “microssistema de tutela do custeio dos direitos fundamentais”, que veicula uma proteção dos direitos à saúde e à educação, o que representa, por exemplo, “uma verdadeira estrutura de contenção do retrocesso e de proteção da estabilidade jurídica e da progressividade fiscal do financiamento dos direitos fundamentais”. A autora, além dos dispositivos constitucionais que assentamos no texto, ainda traz várias outras hipóteses normativas que formam o conjunto do referido microssistema.

¹³³ Atribui-se a origem da denominação a Pontes de Miranda, em que “se refere ao ilícito do Estado-membro, que se tem como pressuposto suficiente para o ato federal interventivo” (1970, p. 286). Nesse sentido, cf. Silva (2020, p. 620-621)

¹³⁴ Conforme notamos na dissertação, Bucci (2006, p. 11) destaca que “política”, em português, sendo por vezes um termo equívoco, deve ser compreendida com a diferenciação devida que se faz nos termos em inglês “politics” e “policies”, porquanto “enquanto o primeiro se refere à atividade política em sentido amplo, o segundo conota os programas governamentais”.

do conselho de saúde” (Santos, 2012, p. 84). Como consequência, “no fundo de saúde devem estar todos os recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde” (Santos, 2012, p. 85). Dessa forma, não há espaço para investimentos fora dos fundos de saúde.

Em virtude das reflexões no *excursus*, de fato, o Estado precisa de uma única voz e visão para expressar os seus atos. Assim, para o cumprimento imediato dos direitos fundamentais à saúde, a fonte de recurso que promoverá o custeio não configura a principal preocupação. No entanto, sabemos que as equipes econômicas dos governos acabam por serem responsáveis pela priorização dos gastos e alocações orçamentárias. A organização social e econômica de uma comunidade política expressam os níveis de saúde dessa mesma comunidade.

Não se pode discutir a saúde independentemente de suas determinantes e condicionantes. A concepção de saúde como resultante de questões extrasetoriais mais abrangentes se contrapõe à concepção de que a doença (falta de saúde) é a causa de distúrbios e desvios de outros setores. A “política do Jeca Tatu” é o exemplo típico dessa concepção errônea: Jeca era pobre, porque era doente. A causalidade é exatamente inversa: a pobreza, a deficiência na alimentação, a moradia, o saneamento, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer são as causas básicas da doença, ou da falta de saúde (Carvalho; Santos, 1995, p. 60).

As mesmas equipes econômicas precisam se tornar sensíveis às demandas da comunidade política e envolvê-las da maneira como estamos propondo, a nosso juízo, estimula a preocupação mais sensível que devem ter para a melhoria das condições de saúde da população. Ao permanecerem alheios às dificuldades, o que inclui a judicialização das políticas de saúde, permanecem alheios às necessidades. E com essa alienação, a causa propulsora das políticas pobres excede a sua duração, o que contribui para a manutenção do *status quo* das determinantes e condicionantes e, por consequência, os níveis vergonhosos de saúde.

Nada obstante não ser parâmetro de melhor adequação comparativa por sua absoluta excepcionalidade, a pandemia não pode ser esquecida pelas lições que inscreveu nas rochas da humanidade. Durante esse momento singular e histórico, fora dos moldes clássicos, as equipes econômicas foram levadas a priorizar as demandas de saúde da população, deslocando todos os esforços para mobilizar contratação de equipes de saúde, aquisição de insumos em falta no Brasil e no mundo e, em suma, a organização do Estado no geral. Por certo, nosso recorte sobre o cenário é muito estreito e precário, mas não é nossa intenção descortinar todas as lições da pandemia, que já estão sendo esquecidas, mas recordar que, com a concertação de esforços se tornam realizáveis as demandas mais prementes da sociedade. É o que intuimos. É o que imaginamos. É o que pretendemos: que todas as políticas públicas sejam desenhadas para todos, ricos e pobres, e que elas deixem de ser *políticas públicas pobres*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Não termos conseguido alcançar tudo aquilo que sonhávamos para essa sociedade não nos dá o direito de negar que alcançamos alguma coisa” (Gomes, 2020, p. 120). O nosso sonho não caminha para que todos possam pagar por planos de saúde. Nosso sonho é que todos, pobres e inclusive ricos, do berço ao túmulo, possam encontrar uma rede de assistência à saúde dentro do Sistema Único de Saúde. No entanto, enquanto o SUS for tratado como um sistema desenhado para desempenhar ações e serviços de saúde destinados a pessoas pobres, carentes, vulneráveis, hipossuficientes, as políticas públicas continuarão a ser pensadas, concebidas, conduzidas e executadas como favores, como mínimo existencial, e não como direitos.

Inicialmente, trouxemos um bloco de decisões da Suprema Corte que guardam uma coerência estrita entre si no que diz respeito à exigência do critério da incapacidade financeira da parte interessada em conseguir obter uma pretensão juridicamente protegida em juízo. Para a jurisprudência, que o exhibe com naturalidade, esse requisito é irremissível. Chamamos esse bloco coerente de “teia decisória” do direito à saúde. No entanto, admitimos que o Recurso Extraordinário nº 581.488 (Tema nº 579) induzia a uma interpretação divergente porque, ao contrário da “teia decisória”, exalta a universalidade e transborda que o “tratamento igualitário é uma regra que não comporta exceções”. Naquela oportunidade, reputamos que o RE nº 581.488 não fazia parte do mesmo tecido jurisprudencial.

A judicialização, necessariamente, é parte componente do conjunto de forças que colocam o SUS em movimento e, dessa maneira, as linguagens exibidas no espectro jurisdicional causam repercussão sobre o sistema. Retomando nosso questionamento feito na introdução, decisões judiciais podem se manifestar como defeito. Ou como virtude. O reconhecimento dos direitos como trunfos (*right as trumps*), da maneira como expusemos, pode significar o prestígio da igual consideração e respeito, porquanto demonstra que, mesmo diante de políticas públicas satisfatoriamente elaboradas, a legitimidade do direito e seu fundamento ético recomendarão que se reconheça que há direitos que devem ser protegidos. Nessas condições, podemos definir que a saúde como direito se realiza dentro dos parâmetros das políticas públicas de saúde seriamente formuladas pelo Estado. Contudo, há direitos caminhando fora delas e as elaborações mais sólidas da igual consideração e respeito exigem que sejam devidamente reconhecidos, inclusive contra as políticas legitimamente formuladas. Ao mesmo tempo em que o direito como integridade não reprova que políticas públicas sejam desenhadas sem a obstinação de conferir exatamente o direito a cada pessoa individualmente, também não poderia deixar de proteger os direitos individuais contra essas políticas, se for o

caso. Os trunfos, em sua integridade, nada dizem respeito à capacidade financeira. Ou melhor, dizem muito sobre ela, pois, a partir da identificação do prestígio da legitimidade e da proteção da dignidade, os direitos individuais devem ser identificados como sendo parte integrante do patrimônio jurídico do indivíduo e, portanto, não se subordinam aos conteúdos financeiros.

Por outro lado, trouxemos as evidências de que, em algum momento da história, houve uma mutação que levou ao defeito da hipossuficiência. E esse defeito carrega consigo o gene do mínimo existencial. Ambos conduzem a judicialização ao caminho de desigualdade e da indignidade e, por consequência, ocasionam desequilíbrio do próprio SUS. Hipossuficiência e mínimo existencial são duas faces da mesma medalha e, confrontados com a legitimidade, percebe-se que desrespeitam a igual consideração e desconsideram o igual respeito.

Observamos que a concepção de direito adotada pela Corte Suprema, referente a essa medalha, é a do pragmatismo. A medalha do pragmatismo se mostra cética, mas poderosa, porque concebe uma dinâmica de justificações em um mimetismo dissimulador. Esse mimetismo é a sua força, mas também sua fraqueza, porquanto se mostra necessário que sejam adicionados epiciclos, cujos relevantes papéis são exercidos pela hipossuficiência e pelo mínimo. Por essa concepção que se mostra atraente na aparência, o STF admite sua derrota na tentativa de levar a sério a saúde como direito, por meio de seus vários pronunciamentos, a exemplo do paradigma representado pela STA nº 175. Realmente, se por vezes a própria Corte desconsidera as autoridades de suas decisões, torna-se naturalmente elementar acreditar que outros Tribunais também as desconsiderem. Assim, como a derrota é inevitável, dos epiciclos surgem os corretivos pragmáticos da derrota. Portanto, concebemos que, enquanto instrumentos pragmáticos de correção, a hipossuficiência e o mínimo existencial se constituem argumentos de política que não estão à disposição dos juízes. Hipossuficiência e o mínimo existencial se tornam imposturas constitucionais.

Mas nós não podemos admitir conviver com a derrota do direito. Desenvolvemos com intensa insistência que os recursos que as pessoas possuem são decorrentes de suas opções pessoais. Porém, é um erro acreditar que os recursos que possuem são exclusivos destas circunstâncias, pois são dependentes fundamentalmente também das atitudes dos governos. Essa constatação é importante na concepção de igualdade desenvolvida na teoria de Dworkin, a igualdade de recursos. Essa concepção não imprime uma finalidade redistributiva propriamente dita, mas firma compromisso com a dignidade. Com todo efeito, muito embora os recursos não tenham importância intrínseca, como fins em si mesmos, proporcionam condições apropriadas ao exercício das opções éticas, o que acarreta o senso pela responsabilidade pessoal.

Os recursos, mas também a personalidade, o talento, a sorte, condicionam nossas preferências e repercutem sobre o juízo da responsabilidade. A comunidade política precisa privilegiar tais valores, considerando imparcialmente que cada vida humana possui importância objetiva e, ao mesmo tempo, precisa ser sensível às escolhas dos indivíduos, respeitando-as e protegendo-as. Assim, alcançará o que a igual consideração e respeito exigem, e conduzirá os rumos conforme o princípio da dignidade.

Vimos que o requisito da insuficiência financeira carrega consigo de algibeira o mínimo existencial. Os mínimos são concessões. Conceder o mínimo é, historicamente, conceder de menos. E conceder o mínimo para uns ignora, de modo insolente, a importância objetiva dessas vidas. Ademais de não encontrar suporte expresso na Constituição, o mínimo reforça o hiato da desigualdade de que, quem nada tem, qualquer coisa é bastante. Em verdade, a exaltação dos mínimos é impor obstáculos potentes para a construção de políticas públicas genuinamente universais, que sejam capazes de abranger não somente aos que não possuem capacidade financeira, mas também aos que desfrutam dela. E a “dignidade é indivisível” (Dworkin, 2011, p. 422). Políticas instituídas *para* pobres, como vimos, são *políticas pobres*. Em verdade, não se concedem os mínimos, pois a conta é somente de subtração e o resultado são as sobras da escassez. Se da dignidade decorre a dignidade, a distribuição das sobras da escassez nos torna todos indignos.

As teorias da física sempre se mostraram e ainda se mostram provisórias, as quais estão sempre sujeitas a refutações. A cada novo experimento que coincide com as previsões teóricas, a confiança na teoria aumenta. No entanto, se uma nova observação a contradiz, a teoria deve ser abandonada ou reformulada. A teoria da relatividade geral de Einstein se mostrou muito mais precisa nas questões do universo que a teoria gravitacional de Newton. A corrente teórica de Einstein se revelou superior e passou a ser usada para as grandes escalas. Contudo, a de Newton tem a vantagem de ser mais simples e, por isso, ainda é usada para os propósitos práticos, mesmo porque nesta escala as diferenças são muito pequenas. Por outro lado, a mecânica quântica se desenvolve a partir de escalas absolutamente minúsculas e lida melhor com esses fenômenos. A relatividade geral, que se ocupa com grandes escalas, e a mecânica quântica, que trafega com escalas minúsculas, são incompatíveis entre si e, para as verdades do universo, não é possível que ambas estejam certas. Contudo, ainda assim, as teorias parciais produzem resultados e nos trouxeram até aqui, com grandes progressos científicos. Porém, Hawking, que nos inspirou no Capítulo 3 e nos inspira novamente, não se conformava com a ideia de que o universo é arbitrário e almejou buscar uma teoria de tudo, uma teoria unificada completa. Não teve êxito e, mesmo admitindo longe de consegui-la, indicou uma série

de propriedades que uma teoria final do universo deve exibir a fim de que pudesse determinar a ordem subjacente no mundo (Hawking, 2015, p. 21-25).

Após as reflexões mais aprofundadas que fizemos no transcorrer do trabalho, percebemos que, na verdade, em oposto ao que imaginamos no início, o RE nº 581.488 deve se integrar ao bloco de decisões do STF no que tange ao fenômeno formando uma teia inconsútil (*seamless web*), restaurando a universalidade como manifestação da igual consideração e respeito e reverenciando o princípio da dignidade. Mais do que um amontoado coerente, as decisões políticas, incluindo as decisões jurisdicionais, precisam se manifestar como um tecido inconsútil, sem fissuras nem emendas. Essa é uma ilustração representativa do direito como integridade. Assim como Hawking buscou a ordem subjacente do universo com uma teoria de tudo, o direito como integridade busca uma coerência profunda, expandindo seus horizontes em uma comunidade de princípios, na qual o Estado exibe uma única voz e visão.

O projeto interpretativo de Dworkin (2011) com o qual trabalhamos busca uma unidade de valor, visando honrar ética e moral em uma força integradora. Com isso, almeja trazer o sentido de viver bem, no qual cada pessoa deve conduzir a sua vida de modo a torná-la a melhor vida a ser vivida de acordo com suas preferências e convicções, trazendo consigo o senso de responsabilidade pessoal pelas opções escolhidas. Essa vida requer autorrespeito e autenticidade, que são expressões da dignidade. Vidas inautênticas são vidas desperdiçadas e, portanto, indignas. Com o amálgama da moralidade política, direito e moral fazendo parte de um sistema integrado, todos os departamentos de valor se manifestam em uma única estrutura interpretativa. Nossas convicções morais integradas aos nossos juízos éticos, nos contornos da moral política, proporcionam uma proteção à liberdade, porquanto não se admite a interferência nos juízos éticos essenciais. Partindo da mesma raiz estruturante, os recursos são o ponto central na concepção da igualdade de Dworkin não porque garante riqueza, mas porque admite aos indivíduos exercerem suas próprias escolhas e preferências, criando o melhor ambiente para as opções éticas mais desinibidas. Assim, igualdade e liberdade, como forças mutuamente sustentadoras, permitem o desenvolvimento de uma vida autêntica.

Defeitos ou virtudes, podemos afirmar que o fenômeno da judicialização das políticas de saúde provocou um incremento, quantitativo e qualitativo, referente às discussões sobre o que é uma assistência à saúde satisfatória e condizente com os anseios da sociedade brasileira. Muito se produziu e ainda se produz a respeito. O SUS ganhou a atenção do Poder Judiciário a partir do aumento das demandas judiciais e, se hoje os Tribunais demonstram tal preocupação, deve-se muito aos inconformismos que uma sociedade desigual impõe ao acesso à saúde, o que provoca uma ampla vibração das estruturas jurisdicionais. Esse fenômeno amplia

a discussão sobre o que o SUS exige e, correntemente, não deixa o Poder Público confortável. O Ministério Público também se torna uma parte importante e com grande relevância à busca de soluções, mas, diferentemente do Judiciário, se envolve e foi envolvido¹³⁵ muito antes de o fenômeno da judicialização ganhar notoriedade.

Muito embora teorias parciais da física não consigam explicar o universo por completo, é inegável que resultaram em progresso, trouxeram acúmulo de conhecimento e possibilitaram o desenvolvimento de mais conhecimento. Apesar de incompatíveis entre si, a relatividade geral resultou em energia nuclear e da mecânica quântica se desenvolveu a microeletrônica (Hawking, 2015, p. 25). Ainda que de modo parcelar, a judicialização pode promover a desigualdade, conforme acentuamos na tese, ferindo a legitimidade e a dignidade. Mas, também de forma parcelar, pode trazer as virtudes da garantia dos direitos como trunfos, impedindo que políticas públicas mal concebidas persistam ou, inclusive, assegurando direitos mesmo contra políticas legítimas. O que devemos recusar é a normalização da indignidade de acordo com o que desenvolvemos, não nos conformando com a maneira que a Corte Suprema trata o requisito da hipossuficiência como algo “consensual”, como se não houvesse qualquer manifestação rival desta atitude.

O SUS, desde antes de sua concepção e manifestação em 1988, representa essa luta constante e permanente. O SUS são batalhas por tudo isso, pela legitimidade e pela dignidade de um sistema de princípios. E é o que a Constituição constitui. Em quase 150 anos, a Sagrada Família, de Gaudí, se mostra, mesmo inconclusa, sofisticada, cercada de espiritualidade e esperança, construída por muitos braços mesmo após o gênio de sua concepção não mais estar entre os autores presentes. Consideramos que o SUS é a *Obra Maestra* da Constituição. É revolucionária, enquanto instituição da transformação social. E revolução é antítese da desigualdade e da indignidade.

Para concluir, devemos repetir que o critério da hipossuficiência representa uma conta de subtração, na qual os pobres são o minuendo; o mínimo existencial, o subtraendo; e o

¹³⁵ Como vimos, podemos dizer que o Poder Judiciário iniciou sua preocupação com a judicialização da saúde de forma mais sistemática em 2009, com a Audiência Pública nº 04. Por sua vez, o Ministério Público foi envolvido muito antes, em 1996, quando a Constituição ainda não tinha completado sua primeira década. Durante a 10ª Conferência Nacional de Saúde, o controle social identificou o Ministério Público como sendo “o tutor da legislação em saúde” e exortou que os gestores do SUS e os conselhos de saúde deveriam “exigir do Ministério Público a defesa do SUS” (Brasil, 1998). O Relatório Final ainda faz referência ao Ministério Público por 14 vezes. Por sua vez, em 1998, o Ministério Público nacional instituiu a Comissão Permanente da Defesa da Saúde (COPEDS), por intermédio da Carta de Palmas, visando assegurar a atuação do Ministério Público na tutela das relações da saúde e, a partir de então, os Ministérios Públicos estaduais passaram a criar estruturas organizadas para atuarem diretamente no SUS, muito antes da judicialização e utilizando instrumentos extrajudiciais de solução de conflito. A Carta de Palmas pode ser consultada no link <https://site.mppr.mp.br/saude/Pagina/Cartas-em-Defesa-da-Saude>, acessado em 01/09/2024.

resto é a indiferença. A igual consideração e respeito decorre da dignidade e visa a dignidade (Dworkin, 2011, p. 422).

REFERÊNCIAS

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **Revista CS**. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, n. 21, p. 97-120, jan.-abr., 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18046/recs.i21.2218>

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, jul.-set., 1996.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Avanços e retrocessos no direito à saúde: o tratamento de HIV no Brasil. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, Davi F. L. (Org.). **1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos de Constituição de 1988**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, p. 51-62.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BATISTELLA, Carlos. Análise da situação de saúde da população brasileira: principais problemas de saúde da população brasileira. FONSECA, Angélica Ferreira; CORBO, Anamaria D'Andrea (Org.). **O território e o processo saúde-doença**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 121-158.

BOBBIO, Marco. **Medicina demais!** O uso excessivo pode ser nocivo à saúde. Tradução: Mônica Gonçalves. Barueri/SP: Manole, 2020.

BOURDIEU, Pierre. Espíritos de Estado. Gênese e Estrutura do Campo Burocrático. **Razões Práticas sobre a teoria da ação**. Papyrus: Campinas, 1996, p. 107-135.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de

1993; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório Final da 10ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1998.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2017**. Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename 2020**. Brasília/DF: Ministério da Saúde, 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Informe Técnico: Campanha Nacional de Vacinação contra a covid-19**. Brasília/DF: Ministério da Saúde, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 17/03/2010. DJE 30/04/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargo de Declarações no Recurso Extraordinário nº 855.178**. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator para acórdão: Ministro Edson Fachin. Data do julgamento: 23/05/2019. DJE 16/04/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 271.286**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 12/09/2000. DJ 24/11/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 581.488**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do julgamento: 03/12/2015. DJ 08/04/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604151>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 22/05/2019. DJE 09/11/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 1.165.959**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 21/06/2021. DJE 22/10/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5559067>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas. A triste história do juiz que acreditava ser Hércules. OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 387-424 (Coleção teoria crítica do direito, v. 2).

CARIAS, Claudia Mezleveckas; VIEIRA, Fabíola Sulpino; GIORDANO, Carlos V.; ZUCCHI, Paola. Medicamentos de dispensação excepcional: histórico e gastos do Ministério da Saúde do Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 2, p. 233-240, 2011.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90)**: Sistema Único de Saúde. 2. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, Davi F. L. (Org.). **1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos de Constituição de 1988**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, p. 459-463.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Intervenção de Menelick de Carvalho Netto. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124-130.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Constituição democrática como produção de escândalo: 20 anos da Constituinte Estadual. CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e direito constitucional**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021a, p. 129-131 (Escritos selecionados; v. 1).

CARVALHO NETTO, Menelick de. Temporalidade, constitucionalismo e democracia. CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e direito constitucional**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021b, p. 109-120 (Escritos selecionados; v. 1).

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e direito constitucional**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021c, p. 89-108 (Escritos selecionados; v. 1).

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 239-252 (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

CUNHA, Celso Ferreira da; CINTRA, Luis Filipe Lindley. **Nova gramática do português contemporâneo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2021.

DOMINGUES, Carla Magda Allan Santos; MARANHÃO, Ana Goretti K.; TEIXEIRA, Antonia Maria; FANTINATO, Franciele F. S.; DOMINGUES, Raissa A. S. 46 anos do Programa Nacional de Imunizações: uma história repleta de conquistas e desafios a serem superados. **Cadernos de Saúde Pública** [Internet]. v. 36, Suplemento 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00222919>

DOS DE ARTE. **Basílica de la Sagrada Familia, la Obra Maestra de Antoni Gaudí**. 5. ed. Barcelona: Dos de Arte Edicionesm, 2011.

DUARTE, Evandro Charles Piza. Diálogos com o “realismo marginal” e a crítica à branquidade: por que a dogmática processual penal “não vê” o racismo institucional da gestão policial nas cidades brasileiras?. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 8, n. 2, p. 95-119, 2020.

DUARTE, Evandro Charles Piza; FREITAS, Felipe Silva. Corpos Negros sob a Perseguição do Estado: Política de drogas, Racismo e Direitos Humanos no Brasil. **Revista Direito Público**, v. 16, p. 156-180, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. 4. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Casos difíciles**. Tradução: Javier Esquivel. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. Pluralismo moral. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 149-165.

GOMES, Davi F. L. A perífrase esquecida: coragem e Constituição. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, Davi F. L. (Org.). **1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos de Constituição de 1988**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, p. 111-124.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa: renúncia à neutralidade estatal em matéria de oportunidade em educação e emprego. GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 35-60.

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

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução Felipe Gonçalves Silva; Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HAI DT, Jonathan. **A geração ansiosa**: como a infância hiperconectada está causando uma epidemia de transtornos mentais. Tradução: Lígia Azevedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I t. I.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. Direito e saúde: contribuições para o estudo da judicialização. *In*: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 463-489.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 2. ed. São Paulo: 1970, t. II

OSHIRO, Glaucio Ney Shiroma. **A saúde como direito e a repercussão das decisões judiciais sobre o direito à saúde**. 2017. 117 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

OSHIRO, Glaucio Ney Shiroma; MENEZES, Anastácio. A pandemia, a judicialização e as crises. COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; CASSOL, Sabrina (Org.). **O direito achado na rua**: do local ao universal – a proximidade solidária que move o humano para reagir e vencer a peste. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 229-250 (Coleção Direito Vivo, vol. 6).

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

PENALVA, Janaína. **A igualdade sem mínimos**: direitos sociais, dignidade e assistência social em um Estado Democrático de Direito – um estudo de caso sobre o benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. 2011. 156 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia/>. Acesso em: 18 ago. 2024.

PINHEIRO, Douglas. Crise temporal, dromocracia brasileira e futuridades. REIS, Isaac; MAIA FILHO, Mamede Said. (Org.). **Crise Política, democracia e rupturas**. Campinas: Pontes, 2020.

PINTO, Élide Graziane. ADCT é o "retrato de Dorian Gray" da Constituição de 1988. **Consultor Jurídico**, 2016a. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-27/adct-retrato-dorian-gray-constituicao-1988/#_ftnref1. Acesso em: 20 jul. 2024.

PINTO, Élide Graziane. Um microssistema de tutela do custeio dos direitos sociais nos protege. **Consultor Jurídico**, 2016b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-08/contas-vista-microssistema-tutela-custeio-direitos-sociais-protege/>. Acesso em: 20 jul. 2024.

PINTO, Élide Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.366.

SANTOS, Lenir. **SUS e a Lei Complementar 141 comentada**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2012.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde Debate**. Rio de Janeiro, v. 45, n. 130, p. 807-818, jul-set 2021.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. A judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 117-129.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13-50.

SCOTTI, Guilherme; AZEVEDO, Damião Alves de. Paradigma Menelick. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, Davi F. L. (Org.). **1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos de Constituição de 1988**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, p. 207-220.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, Jan.-Abr., 2018.

UJVARI, Stefan Cunha. **A história da humanidade contada pelos vírus, bactérias, parasitas e outros microrganismos**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015.

UJVARI, Stefan Cunha. **História das epidemias**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2022.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 254, p. 339-373, abr. 2016.