



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
ESCOLA DE SERVIÇO SOCIAL
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS
MESTRADO EM POLÍTICA SOCIAL

**POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES DA JUDICIALIZAÇÃO COMO
INSTRUMENTO DE APERFEIÇOAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO À
SAÚDE.**

MAURO CLEBER RODRIGUES MARTINS

Dissertação apresentada à Escola de Serviço Social da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Política Social.

ORIENTADORA: Prof^a Dr^a Mônica de Castro Maia Senna

NITERÓI

2011



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
ESCOLA DE SERVIÇO SOCIAL
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS
MESTRADO EM POLÍTICA SOCIAL

Esta dissertação, intitulada

“Possibilidades e limitações da judicialização como instrumento de aperfeiçoamento do exercício do direito à saúde”,

apresentada por

Mauro Cleber Rodrigues Martins

foi avaliada pela Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Prof. Dr. Andre Ricardo Cruz Fontes
Prof.^a Dr.^a Mônica de Castro Maia Senna – Orientadora



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
ESCOLA DE SERVIÇO SOCIAL
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS
MESTRADO EM POLÍTICA SOCIAL

A U T O R I Z A Ç Ã O

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução parcial ou total desta dissertação.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 2011.

Mauro Cleber Rodrigues Martins

FICHA CATALOGRÁFICA

M385

Martins, Mauro Cleber Rodrigues.

Possibilidades e limitações da judicialização como instrumento de aperfeiçoamento do exercício do direito à saúde/Mauro Cleber Rodrigues Martins. Niterói, RJ, UFF, 2011. 112p.

Orientadora: Senna, Mônica de Castro Maia.

Dissertação (Mestrado) – Escola de Serviço Social/Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2011.

1. Direitos sociais - Brasil. 2. Direito à saúde - Brasil. I. Universidade Federal Fluminense.

CDD 344.8103

DEDICATÓRIA

À Betinha, mulher, amante, companheira e amiga há mais de trinta anos, que sabe mais de mim do que eu, e aos meus filhos Alexandre, Thaís e Marcelo que, progressivamente, foram saindo do meu colo e me dando os seus.

AGRADECIMENTOS

À Betinha, minha mulher, a mais freudiana das psicólogas, pelas contribuições afetivas e intelectuais ao trabalho.

À minha orientadora, Prof^a Dr^a Mônica, que consegue reunir em si as virtudes da paciência e da contagiante obstinação pela chegada do trabalho a bom porto, pela incansável disponibilidade em atender e, enfim, pela orientação na aceção mais meritória e nobre que se possa atribuir à designação.

Ao sempre Prof. e amigo Dr. Andre Fontes, pelo incentivo de sempre desde os já longínquos tempos da graduação, pela inesgotável disposição em guiar sua legião de alunos pelos meandros às vezes inextricáveis do Direito e, ainda, por conseguir resolver o complexo problema surgido com a impossibilidade da Prof.^a Dr^a Heloísa Helena Barboza, indicando um nome à altura do hercúleo desafio de substituí-la, o Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

Ao Prof. Dr Guilherme Calmon Nogueira da Gama que, desde os primeiros estudos dessa dissertação, mostrou-se sensível à temática, disponibilizando valorosa colaboração, culminado com a aquiescência ao convite, ainda que feito em prazo exíguo.

À Prof.^a Dr^a Heloísa Helena Barboza, pelo incentivo de sempre, pela orientação minuciosa, pelas críticas sempre procedentes, inclusive na qualificação deste trabalho quando concedeu vultosas contribuições.

Ao Naza, intelectual de largo espectro, pelo estímulo à permeabilidade às idéias e ao pluralismo e, ainda, por ter me apontado sempre outras possibilidades intelectuais desde meus tempos de cadete da Academia Militar das Negras, há mais de três décadas.

Ao Prof. Dr André Brandão pela forma serena e agradável com que transmitiu conhecimentos, constituindo-se em fator de coesão do grupo.

À Prof^a Dr^a Lenaura Lobato pelo apoio desde a primeira hora, pelas exigências que, ao final, revelaram-se produtivas e procedentes.

“Não hei de pedir pedindo, senão protestando e argumentando; pois esta é a licença e liberdade que tem quem não pede favor, senão justiça.”

Pe Antonio Vieira in “Sermão pelo bom sucesso das armas de Portugal contra as de Holanda”

RESUMO

A origem desse estudo vincula-se à experiência profissional do autor como advogado e de sua inquietação resultante da observação das dificuldades por que passam muitas pessoas na busca pela assistência à saúde: quando conseguem ultrapassar a dificuldade para conseguir uma consulta, deparam-se com outra barreira na obtenção do medicamento.

Nesse contexto, abre-se espaço para o fenômeno da judicialização da saúde que se caracteriza pela expansão da força do poder judiciário, projetando efeitos concretos nos hiatos das políticas públicas de medicamentos. Um dos objetivos colimados é refutar a ideia de que a judicialização enseje que o indivíduo saia de uma consulta médica e vá “aviar” a sua receita no gabinete de um Juiz, como algumas vozes contrárias à intervenção judicial propagam.

Ilustrando o equívoco dessa concepção, é apresentado um estudo de caso no qual o acesso a um medicamento destinado a um paciente terminal foi negado pelas instâncias extrajudiciais ordinárias e também na 1ª instância judicial. Além das condições próprias que o processo judicial impõe, as restrições do acesso à Justiça no Brasil não permitiriam a banalização da intervenção que, além disso, quando concedida em 1ª instância, está sujeita ao duplo grau de jurisdição devido à prerrogativa de que goza a Fazenda Pública.

O cerne do estudo é apontar que a intervenção judicial pode ser um eficaz meio de correção de rumos quando as instâncias ordinárias extrajudiciais desviam-se dos preceitos do ordenamento jurídico, negando ou dificultando o exercício do direito ao acesso à assistência farmacêutica que deve sempre se estruturar tendo por alicerces os princípios da universalidade e da integralidade.

O fenômeno da judicialização da saúde tem adquirido maior visibilidade potencializado, de um lado, pela visível — porém discreta — melhora nas condições de acesso à justiça; de outro, pelo baixo investimento público em saúde, determinante do incremento das demandas não atendidas pelas vias ordinárias extrajudiciais de suprimento de medicamentos.

Assim, desde que atuando de forma residual e no estrito espaço das omissões governamentais na implementação da Política Nacional de Medicamentos ou, ainda, se esta política for formulada em desacordo com as previsões constitucionais de integralidade e universalidade, o Judiciário não só pode como deve atuar, sob pena de se omitir ante o seu dever constitucional.

Palavras-chave: assistência farmacêutica – integralidade – universalidade - intervenção judicial.

ABSTRACT

The origin of this study is linked to the author's experience as a lawyer and his uneasiness resultant from the observation of the difficulties experienced by many people in the pursuit of health care: when they can overcome the difficulty in getting an appointment, they face another obstacle on the acquisition of medication.

In this context, it is revealed the phenomenon of expansion of judicial power of health that is characterized by the improvement of power of the judiciary, designing blanks in the concrete effects of public policies on medicines. One goal collimated is to refute the idea that the judicial takes into the individual gets out of a medical appointment and go "claim" his prescription in the office of a Judge, as someone that are against the judicial intervention just raised.

Illustrating the mistake in this conception, it is presented a case study in which access to a medicine to a terminally ill patient has been denied by the ordinary non-judicial instances and also in a first instance court. In addition to the specific conditions that the judicial process imposes, restrictions on access to justice in Brazil would not allow the trivialization of intervention which, when given in first instance, is subjected to the double degree of jurisdiction due to prerogatives that benefits the public treasury.

The focus of the study is to point out that judicial intervention may be an effective way of correction the path of instances when ordinary extrajudicial deflect from strict law denying or impairing the right of access to pharmaceutical care that should always be structured founded in the principles of universality and integrality. The phenomenon of expansion of judicial power of health has attained greater visibility enhanced, one hand, for the visible - however slight - improvement in access to justice; on the other, low public investment in health, which is determinant to the increase in unmet needs for ordinary extrajudicial roads to achieve medicine supply.

So, since residual acting in a narrow space of omissions of government in implementing the National Medication Policy, or even if this policy is formulated in violation of the constitutional provisions of integrality and universality, the judiciary, not only can but must act, otherwise it could be omitting before its constitutional duty.

Keywords: pharmaceutical care - integrality - universality - judicial intervention.

[Ouvir](#)
[Ler foneticamente](#)

Dicionário

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A QUESTÃO SOCIAL. A EMERGÊNCIA E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO MODERNO.	
1.1 A questão social. A evolução do trabalho. A Revolução Industrial;	14
1.2 O Estado moderno e sua gênese peculiar. Elementos estruturantes do Estado;	17
1.3 O surgimento e a ascensão do Welfare State e fatores de seu sucesso; as diversas tipologias de Welfare; recrudescimento do liberalismo e declínio do Welfare; reflexos da onda globalizante no Brasil; o Estado mínimo.	24
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS SOCIAIS. DIREITO À SAÚDE.	
2.1 Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Etnocentrismo das teorias explicativas. Eurocentrismo de Marshall. Bobbio: dimensão da universalização e da multiplicação. Teorias de Gerações de Direitos. Superação x cumulação;	41
2.2 Formas de institucionalização do poder. O constitucionalismo. Conciliação entre positivação de normas organizadoras da sociedade e pluralismo heurístico;	54
2.3 Modernidade tardia do Estado brasileiro. Permanências. Padrão diferenciado de aquisição de direitos. A ideologia da outorga. Síntese histórica da evolução do direito à saúde;	56
2.4 O fenômeno da judicialização e a conduta desviante do ativismo judicial.	64
3. A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS. A VIA JUDICIAL.	
3.1 A medicalização da sociedade: a expansão da medicina e a contraproduktividade;	70
3.2 O direito fundamental social à assistência farmacêutica. A Política Nacional de Medicamentos; a centralidade das listas de medicamentos: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME e similares;	72
3.3 A polissemia da integralidade;	77
3.4 Investimento em saúde no Brasil <i>vis-à-vis</i> outros países com sistemas integrais.	82
4. ESTUDO DE CASO. JUSTIFICATIVAS DO DEMANDADO.	
4.1 Considerações metodológicas.	84
4.2 Estudo de caso;	85
4.3 Análise dos argumentos do Governo Federal contestando o pedido de fornecimento de medicamentos;	93
4.4 Análise das decisões do magistrado de 1ª instância;	100
4.5 Análise do voto do relator e do único voto dissidente.	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

A proposta desta dissertação é o estudo de algumas das possibilidades da intervenção judicial como via de acesso residual para o acesso a medicamentos quando estes são negados pelas instâncias ordinárias.

A questão insere-se no contexto da inflexão política e institucional experimentada pela sociedade brasileira a partir da promulgação da Constituição de 1988 que erigiu a dignidade da pessoa humana e a cidadania à significativa categoria de fundamentos da República brasileira¹. A sinergia entre esses fundamentos tem como corolário a estruturação de um denso espectro de direitos e garantias com vistas a conferir materialidade aqueles fundamentos, sob pena de, ao não se concretizarem, converterem-se em meros elementos de retórica — em promessas constitucionais inconsequentes.

Assim, com vistas a conferir efetividade a um dos mais abrangentes e sensíveis direitos sociais, o direito à saúde, a própria Constituição já impõe normas de caráter organizacional, estruturando a atividade estatal em um sistema, o Sistema Único de Saúde-SUS, administrado de forma tripartite, envolvendo os três entes federados em responsabilidade solidária pela prevenção e assistência à saúde, atividade que se manifesta em prestações estatais sob as diretrizes constitucionais da integralidade e da universalidade.

Tendo como característica marcante o efetivo dispêndio de recursos públicos para assegurar-lhes a efetividade, os direitos sociais encontram óbices diversos à sua implementação. Assim, é freqüente uma pessoa demandar ao Município, ao Estado ou à União pela prestação de um serviço de saúde ou por um medicamento e este não lhe ser fornecido. A justiça brasileira é cara, morosa e pouco acessível, mas, ainda assim, há hoje uma torrencial corrente de demandas judiciais com vistas a compelir os Governos Federal, Estadual e Municipal a prestações na área da saúde.

A hipótese que se busca defender é a de que, observadas determinadas condições que adiante serão detalhadas, a intervenção do judiciário nessa seara não só é desejável, como é compulsória por decorrer da destinação constitucional do Judiciário — destinação que, por sinal, foi atribuída pelo legislativo no exercício do poder constituinte originário.

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

O foco deste estudo são as intercorrências sentidas por uma pessoa que necessita de um medicamento e inicia sua peregrinação pelos diversos órgãos do SUS sem êxito, até que se vê compelida a recorrer ao judiciário quando então se inicia outra *via crucis*, porém com o desfecho favorável concretizado no fornecimento do medicamento. Essas intercorrências são relatadas e analisadas num estudo de caso.

A dissertação está estruturada em quatro capítulos. O primeiro e segundo capítulos objetivam situar o trabalho no plano da ciência política e das ciências sociais, providência que se reputa indicada ao estabelecimento de uma base comum num estudo de natureza transversal.

Assim, o primeiro capítulo aborda a questão social desde sua emergência, passando pela gradual ascensão do trabalho como valor social, chegando até os conflitos ensejados pela Revolução Industrial e as péssimas condições de trabalho que perpetrou. Ainda nesse capítulo é estudada a organização da sociedade em Estados, artifício civilizatório hoje reputado como indispensável à vida em sociedade. Por fim, nesse capítulo, busca-se averiguar as formas de relacionamento entre os Estados e as sociedades que os estabelecem, centrando-se no *Welfare State*, por representar, na orientação adotada por este estudo, a forma que privilegia a razão de ser do Estado que outra não pode ser senão a pessoa humana. Assim, estuda o *Welfare State*, de sua origem ao declínio e sua superação pelo liberalismo conjugado com o fenômeno da globalização, projetando efeitos de incidência vertical sobre o exercício dos direitos sociais, entre eles o da saúde.

No segundo capítulo, destaca-se um breve estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, no qual se põe em relevo alguns aperfeiçoamentos na teoria de geração dos direitos e na evolução linear dos direitos de Marshall que se reputam necessários na perspectiva teórica à qual este trabalho se filia. Na segunda parte deste capítulo, trata-se das formas pelas quais o poder se institucionaliza, enfatizando o constitucionalismo como a forma moderna de estruturação do Estado mais apta à limitação do poder da entidade estatal sobre a sociedade, aqui considerada sob a perspectiva do Estado democrático de direito. Por fim, o capítulo busca enfrentar a questão brasileira: a modernidade tardia, a atávica confusão entre o público e o privado, a peculiar estruturação da cidadania, com direitos sociais precedendo aos civis e, nesse contexto, a evolução do direito à saúde.

O terceiro capítulo corresponde à temática do estudo propriamente dita. Inicia com considerações sobre a medicalização da sociedade, dimensão desviante da medicina que projeta efeitos deletérios sobre a política pública de medicamentos. A seguir, coteja-se a

centralidade da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e de outras listas e programas focais com o princípio da integralidade da atenção, passando por uma discussão acerca dos sentidos dessa integralidade.

No quarto capítulo, é apresentado um caso concreto quando, a partir de fonte primária — autos de um processo — é analisada uma situação real, examinado-se, além da resposta contestatória do Poder Público à demanda, as demais manifestações ocorridas no curso do processo.

A escolha do caso não foi aleatória: buscou-se um processo que pudesse apresentar extensa tramitação, apresentando diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais. No caso, o pedido foi negado em 1ª instância e a paciente-autora recorreu; em segunda instância (colegiada), o relator do processo votou pela reforma da sentença, determinando, inclusive, o imediato fornecimento da medicação, havendo um voto divergente, mas o terceiro voto acompanhou o relator, sendo lavrado acórdão reformando a sentença. O processo ainda está em tramitação, pois houve Recursos Especial e Extraordinário, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Por fim, nas considerações finais, a partir da exposição dos capítulos precedentes, em especial do que tratou do estudo de caso, buscam-se inferências acerca do Estado da arte da Política Nacional de Medicamentos vis-à-vis a integralidade e universalidade inerentes ao Direito Social à assistência à saúde nos termos em que foi constitucionalizado, visando identificar as possibilidades e limitações da judicialização como instrumento de *ultima ratio* para garantir a eficácia e efetividade daquele direito.

1. A QUESTÃO SOCIAL. A EMERGÊNCIA E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO MODERNO.

1.1 A questão social. A evolução do trabalho. A Revolução Industrial.

A especificidade da gênese da questão social consiste exatamente em indicar onde **não** encontrar a sua origem. Dito de outra forma: a peculiar abordagem epistêmica justifica-se pela circunstância de que praticamente todo o acervo de conhecimentos do mundo ocidental deita suas origens na antiguidade grega, o que não ocorre com estudos ligados ao atendimento das necessidades individuais das pessoas. Assim, perquirir o embrião da questão social na Grécia antiga é tarefa fadada ao insucesso.

Hannah Arendt (1971, p.22) identifica a origem da preocupação com as necessidades humanas em período bem mais recente:

A questão social só começou a desempenhar um papel revolucionário quando, na Idade Moderna, e não anteriormente, os homens começaram a duvidar de que a pobreza fosse inerente à condição humana, a duvidar de que a distinção entre os poucos que, por circunstâncias, força ou fraude, tinham conseguido se libertar dos grilhões da pobreza e a miserável multidão trabalhadora fosse inevitável e eterna.

Bodstein (1997) aborda essa especificidade lembrando que a questão social só foi levantada como problema na Idade Moderna. Na antiguidade grega, a esfera pública era um espaço de igualdade e de liberdade que eram estágios civilizatórios mais fáceis de serem atingidos, pois havia uma rígida separação entre a esfera pública e a privada, o que implicava que o mundo das necessidades biológicas dos indivíduos ficasse restrito à esfera privada, não se constituindo em preocupação do poder público. Portanto, a polis era domínio restrito impermeável aos problemas do dia-a-dia que configurariam mais tarde o espectro de preocupações que definem o objeto dos direitos sociais.

Será apenas com o advento da modernidade que ocorrerá o desvanecimento das barreiras entre as esferas pública e privada, abrindo espaço para a formulação de um espaço próprio, o social.

A libertação do mundo das necessidades individuais dos grilhões da esfera privada promove a publicização da pobreza e evidencia as desigualdades sociais. É nesse contexto que o trabalho, atividade antes praticamente restrita aos não-cidadãos, é erigido a valor social. Arendt (1972, p.45) descreve a situação do trabalho:

Não só em Atenas, mas por toda a Antiguidade e até a Idade Moderna, aqueles que trabalhavam não eram cidadãos e os que

eram cidadãos eram, antes de mais nada, os que não trabalhavam ou que possuíam mais do que sua força de trabalho.

Todavia, esse giro conceitual não poderia ser obra do acaso, ou de uma lei física — afinal, a barreira entre público e privado, entendida como limite entre mundos estanques, não cairia “por gravidade”. Certamente, o modo como se iniciou o século XIX, após o ocaso dos regimes absolutistas e a promoção de valores liberais, aliado à degradação da qualidade de vida nos centros urbanos, teve um efeito multiplicador na onda contEstadora perante a nova ordem industrial.

Conquanto a questão social tenha mostrado maior visibilidade na segunda metade do século XIX, é possível detectar, pelo menos a partir do século XVII, alguns rudimentos de uma preocupação estatal com a assistência social. É o caso, por exemplo, da Poor Law, promulgada na Inglaterra em 1601, que instituía uma taxa assistencial para os pobres, outorgando-lhes subsídios em dinheiro. Entretanto, a repercussão prática dessa lei foi a expulsão dos pobres para que, uma vez que não mais existissem naquele território, não mais incidissem as tais taxas.

Porém, as condições de trabalho a que foram submetidos os trabalhadores na Revolução Industrial impõem o fim de uma visão orgânica da sociedade e do Estado, nos termos da tradição hegeliana. As condições materiais de vida dos trabalhadores determinam o fim da concepção liberal segundo a qual a unidade entre economia e política seria assegurada pelo desenvolvimento autônomo da sociedade, restringindo o Estado à mera intervenção política de polícia. Até então, vigorava o pensamento liberal de que o Estado deveria se restringir a garantir, por exemplo, a ordem pública. Um exemplo marcante dessa concepção pode ser visto em Adam Smith, em “A Riqueza das Nações”, um marco na doutrina liberal, citado Huberman (1984, p. 197) :

A propriedade que todo homem tem de seu próprio trabalho, constituindo a base original de todas as outras propriedades, é a mais sagrada e inviolável. O patrimônio do pobre está na força e destreza de suas mãos; e impedi-lo de empregar essa força e destreza da forma que lhe parece justa sem prejudicar seu vizinho, é uma violação evidente do mais sagrado direito. O julgamento de sua capacidade de ser empregado deve ficar a cargo dos empregadores, cujo interesse está a isso ligado.

Assim, em nome dessa liberdade de contratar, a história registra abusos generalizados, culminando com a exploração do trabalho infantil apontada por Huberman (1984, p. 191):

Em 1883, a Comissão fez novamente um relatório sobre o emprego de crianças nas fábricas. Nesse relatório, há um depoimento de Thomas Clarke, de 11 anos, ganhando 4 xelins por semana (com a ajuda do irmão) como emendador de fios. Eis parte de sua história: “Sempre nos batiam se adormecíamos...O capataz costumava pegar uma corda da grossura do meu polegar, dobrá-la, e dar-lhe em nós...Eu costumava ir para a fábrica um pouco antes das 6, por vezes 5, e trabalhar até 9 da noite. Trabalhei toda a noite certa vez...Nós mesmos escolhíamos isso. Queríamos ter algum dinheiro para gastar. Havíamos trabalhando desde as 6 da manhã do dia anterior. Continuamos trabalhando até as 9 da noite seguinte... Estou agora na seção de cordas.. Posso ganhar cerca de 4 xelins...Mas meu irmão faz o turno comigo. Ele tem 7 anos. Nada lhe dou, mas, se não fosse meu irmão, teria de dar-lhe 1 xelim por semana...Levo-o comigo às 6, e fica comigo até às 8.

Ainda que com outros contornos, ainda é possível encontrar situações parecidas com a acima descrita. Os escritos de Adam Smith sobre a liberdade de contratar hoje se denominam eufemisticamente “flexibilização da legislação trabalhista”, possivelmente com alguns propósitos semelhantes. Bourdieu (1998, p. 44), identifica essas sutilezas retóricas, evidenciadas pela técnica de substituir palavras por outras mais simpáticas, como abaixo se pode verificar:

Por exemplo, na França não se diz mais 'patronato', diz-se 'forças vivas da nação'; não se fala mais demissões, mas de 'cortar gorduras', utilizando uma analogia esportiva (um corpo vigoroso deve ser esbelto). Para anunciar que uma empresa vai demitir 2.000 pessoas, fala-se do 'plano social corajoso da Alcatel'

Aquelas condições severas influíram de forma decisiva na busca de outro modelo de Estado que buscasse a pacificação de uma sociedade conturbada. É nesse contexto que surge o Estado de bem estar social, *Welfare State*, ou Estado providência, como preferem os franceses. Trata-se de um processo de alteração nas estruturas do Estado liberal, ocorrida principalmente na primeira metade do século XX, que se manifesta em dois planos: na atuação da Administração Pública que passa a não mais se restringir a zelar pelo equilíbrio social, avocando a si um crescente protagonismo na satisfação de toda ordem de necessidade das pessoas; e numa dimensão ideológica expressa por uma nova representação do Estado imbuído agora de uma matriz de atribuições mais complexas, uma vez que passa incorporar a missão de satisfazer as necessidades das pessoas e de grupos sociais.

Se não se pode negar que as *Poor Laws* inglesas, do início do século XVII ou as propostas de seguridade social de Bismarck tinham forte apelo social, não se pode, por outro lado,

atribuir-lhes o status de política nacional, efetiva e coerente de serviços sociais. O marco nesse plano institucional de política pública é identificado com o *Relatório Beveridge*² de 1942.

1.2 – A peculiar genealogia do Estado Moderno. Elementos estruturais do Estado.

Preliminarmente, cabe justificar a pertinência da abordagem para o tema discutido nesse trabalho — significa explicitar qual seria, afinal, o liame temático entre origem do Estado Moderno e implementação de políticas públicas e suas vicissitudes.

Já na antiguidade grega, Aristóteles identificou a característica de o homem ser um animal político. Na Roma antiga, formulou-se o clássico silogismo: se há homem, há sociedade; se há sociedade, há direito — logo, se há homem, há direito. Todavia, esta ordem jurídica só pode existir se houver um Estado³ a constituí-la e a garanti-la.

Nesse contexto, só se pode pensar em políticas públicas, entre estas a da saúde, universo da discussão em apreço, tendo por premissa a existência de um Estado que a conceba e a implemente ou, de forma mais virtuosa, que garanta os meios de existência, de eficácia e de efetividade de uma política concebida com intensa participação da sociedade civil.

Assim, a relação entre o Estado e as políticas públicas é umbilical. Mais que isso: diante de uma concepção doutrinária humanista, o Estado é instrumental em relação à sociedade e, daí, pode-se mesmo arriscar a dizer que a efetivação de políticas públicas voltadas aos anseios da sociedade é a única razão que legitima os governos, não se constituindo em excesso de rigor postular a substituição daqueles que não as implementam sob o ponto de vista da sociedade civil.

Todavia, é necessário precisar de que Estado se fala. Nada que se assemelhe à *polis* grega ou à *civitas* romana.

Em que pese a perda de espaço que os Estados nacionais vêm experimentando diante do fenômeno da globalização, o fato é que os Estados subsistem, com maior ou menor grau de relevo, como artifício criado para organizar politicamente a sociedade, o que é operacionalizado por meio do direito.

² O nome deriva do seu autor, William Henry Beveridge, economista e político britânico. O relatório, titulado *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services* veio a público em novembro de 1942. Prevê que todo o cidadão em idade trabalhista deve pagar tributos semanais, visando custear prestações sociais em caso de doença, desemprego, aposentação e outras. Beveridge argumenta que esse sistema propiciará um nível de vida mínimo a todos. Na difícil tarefa de convencer os conservadores, Beveridge argumenta que, se o Estado assumir as despesas de doença e das pensões de aposentação, permitirá à indústria nacional se beneficiar com o aumento da produtividade decorrente e, em consequência, aumentaria a competitividade.

³ Não se desconhece a existência de estudos sobre as sociedades sem Estado. É o caso, por exemplo, do antropólogo Pierre Clastres *apud* FLORENZANO, Modesto. In *Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado Moderno no ocidente*. Revista Lua Nova, 2007 n. 71 p 11-39.

Na atualidade, pode se afirmar, com razoável precisão, que cada espaço do globo pertence a algum Estado — vive-se, afinal, num mundo de Estados. Existe alguma discussão acadêmica sobre o caráter gregário do homem, se este lhe seria uma característica inata. Porém, quanto à sofisticação desse grupo social, ao se organizar em Estados, é mais ou menos consensual que se trata de um artifício, de uma criação humana. Parece ainda atual o ensinamento de Hobbes (2002, p.15): *Porque, pela Arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama Nação ou Estado, que não é senão um Homem Artificial.*

Assim, como criação humana, o Estado deve ser tido como uma instituição instrumentalizada ao povo e, portanto, sua existência passa a ser questionada quando se afasta desse desiderato. Dito de outra forma: o bem-estar dos “súditos” do Estado a ele se vincula ontologicamente. Ou, ainda, na feliz dicção de Rawls (1971): o Estado é uma “aventura cooperativa para vantagem mútua”.

Partindo da premissa de que o Estado seja uma criação humana, cabe tentar identificar no espaço-tempo a sua gênese.

A riqueza cultural do mundo helênico praticamente impõe que ali se busque a origem de todo o atual acervo cultural do mundo civilizado. Assim é na Filosofia, na Ciência Política, no Teatro, na Geometria, etc. As exceções são poucas, das quais a mais notável parece ser o direito que deita suas origens na antiga Roma.

Nessa esteira, a *civitas* romana e a pólis grega, com visível destaque para a Atenas dos séculos V e IV a.C., são comumente consideradas elaborações pré-estatais de sistemas políticos. Todavia, essa identificação parece ter uma natureza mais honorária à já mencionada riqueza do mundo helênico e à vastidão do Império dominado a partir de Roma do que de efetiva identidade ou semelhança na estrutura organizacional.

Uma razão para essa conclusão se prende a uma constatação histórica: quando surgiram os Estados Modernos, tanto a pólis grega quanto o Império Romano já tinham sido extintos. Assim, o que sucedeu ao Império Romano foi uma Europa caracterizada por uma grande fragmentação da sociedade política. Na Europa ocidental dos séculos IX ao XIII, as relações políticas entre os indivíduos eram amorfas, imprecisas e os deveres de obediência eram variados e com frequência se mostravam superpostos, como relata MORRIS (2005 p. 61)⁴.

⁴ Veja-se a sintomática declaração de um tal John de Toul, proferida no século XIII: “Eu, John de Toul, faço conhecido que sou vassalo da Lady Beatrice, condessa de Troyes, e de seu mais querido filho, meu caríssimo senhor conde Thibault de Champagne, contra todas as pessoas, vivas ou mortas, exceto pela homenagem de vassalo que fiz ao lorde Enguerran de Coucy, a lorde John de Arcis e ao Conde de Grandpré. Se acontecer de o Conde de Grandpré estar em guerra com a condessa e o conde de Champagne por seus próprios agravos pessoais, eu irei pessoalmente assistir ao conde de Grandpré enviarei à Condessa e ao conde de Champagne, se

Não havia instituições centralizadas e hierarquizadas a impor ou a preservar uma determinada ordem social. A todo esse mosaico deve se acrescentar a Igreja que exercia grande autoridade sobre seus fiéis, o que implicava a adição de um complicador ao já multifacetado sistema de hierarquias cruzadas, além do que, naquele tempo, a instituição religiosa transcendia aos limites da atuação meramente espiritual, imiscuindo-se nos assuntos políticos e detendo considerável expressão econômica decorrente da administração de posses e de rendas. Portanto, como consequência dessa imensa rede de ligações hierárquicas, o poder se exercia sobre pessoas e não sobre territórios.

Nesse ponto, chega-se ao primeiro grande traço distintivo do Estado Moderno em relação a todas as outras formas de organização política precedentes: o território. Com efeito, a simbologia dos mapas modernos abrange o especial significado de que aquelas linhas e cores representam uma vinculação a um sistema de governo próprio e também a um ordenamento jurídico aplicável no interior daqueles limites a quase⁵ todos que ali se encontrarem. De outra perspectiva, Kelsen (1992, p. 207-208) entende que o território se resume a um domínio jurisdicional⁶.

Assim, a dimensão territorial do fenômeno estatal é fundamental, significando que a totalidade dos indivíduos encontrados nos limites físicos da instituição estatal ostentam o *status* de governados.

Bobbio (1998, p. 425-426) sintetiza esse modelo de organização política detectando outro componente, a impessoalidade de comando político, transcendendo à figura do rei⁷, caracterizando, assim, outra dimensão da modernidade do Estado manifestada pela separação nítida entre a pessoa do governante, o cargo e as instituições.

me convocarem, os cavaleiros que devo, pelo feudo que avassalei deles. Mas, se o conde de Grandpré fizer guerra contra a condessa e o Conde de Champagne a favor de seus amigos e não por seus agravos pessoais, servirei em pessoa à condessa e ao conde de Champagne e enviarei um cavaleiro ao conde de Grandpré para lhe prestar o serviço devido pelo feudo que tenho dele. Mas eu não invadirei pessoalmente o território do conde de Grandpré.”

⁵ São exemplos das poucas exceções algumas imunidades conferidas aos corpos diplomáticos.

⁶ “ a unidade territorial do Estado é uma unidade jurídica, não geográfica ou natural, porque o território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado.”

⁷“Estado Moderno europeu” nos aparece como uma forma de organização do poder historicamente determinada e, enquanto tal, caracterizada por conotações que a tornam peculiar e diversa de outras formas, historicamente também determinadas e interiormente homogêneas, de organização do poder. O elemento central de tal diferenciação consiste, sem dúvida, na progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre mais ampla, que termina por compreender o âmbito completo das relações políticas. Desse processo, fundado por sua vez sobre a concomitante afirmação do princípio da territorialidade da obrigação política e sobre a progressiva aquisição da impessoalidade do comando político, por meio da evolução do conceito de officium, nascem os traços essenciais de uma nova forma de organização política: precisamente o Estado Moderno.

Todavia, também a impessoalidade ou, dito de outra forma, a separação entre a pessoa do governante e o Estado, é produto da modernidade. A referência mais remota acerca de um manual de conselhos a governantes parece ser aqueles conhecidos como “Espelhos para príncipe”, de Xenofonte, escrito no século III a.C. que incide na confusão entre governo e a pessoa do governante. Entretanto, sequer o gênio criativo de Maquiavel, quase vinte séculos mais tarde, vislumbrou essa separação em sua obra clássica *O príncipe*, um repertório de conselhos a Lorenzo de Médici.

A primeira referência que se tem registro, reconhecendo como requisito da instituição estatal a divisão entre a figura do governante e ela própria, parece ter sido Jean Bodin, assessor de Henrique III. Enquanto Maquiavel houvera sugerido a substituição dos apanágios “piedade e clemência”, típico dos governantes ligados ao clero, por “força e malícia”, Bodin prega sua superação erigindo o direito como instrumento de regência dos assuntos de Estado.

Nessa trajetória de progressiva elaboração do Estado, a contribuição mais vigorosa vem dos clássicos contratualistas Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau que, embora apresentassem diferenças em suas formulações, convergiam quanto à separação entre Estado e a pessoa do governante.

A historiografia e a ciência política do século XIX projetaram efeitos práticos no século XX. Marcadas pelo pensamento de Karl Marx e de Max Weber viam no Estado, respectivamente, um monstro pré-diluviano e um artifício virtuoso a ser glorificado, na esteira de Hegel. Ao mesmo tempo em que enxergava o Estado por um prisma de desconfiança, enfatizando seu caráter de instrumento de dominação das classes mais abastadas, Marx desconsiderava a dimensão virtuosa do Estado democrático de direito, a que denominava depreciativamente de Estado burguês. Menosprezava, por exemplo, o prestígio que esta modalidade de Estado concede a práticas civilizatórias, como o destaque às liberdades formais, abandonadas pelas experiências totalitárias do século XX.

No entanto, sob a perspectiva da separação entre Estado e pessoa do governante, mesmo Marx, um crítico da instituição estatal, jamais pensaria numa confusão entre Estado e governante: seja porque defendia supressão de classes sociais, o que é incompatível com admitir que alguém se encaeste numa classe especial controladora do Estado; seja porque defendia a progressiva erosão da instituição estatal.

Na estrutura do Estado Moderno, além dos componentes “território” e “separação entre Estado e a pessoa do governante”, outros foram identificadas por Weber e desenvolvidos por Elias.

A clássica definição de Max Weber (1944, p.43-44), que parece ter raízes kantianas, vê o ente estatal como:

um instituto político de atividade contínua, quando e na medida seu quadro administrativo mantenha com êxito a pretensão ao monopólio legítimo da coação física para a manutenção da ordem vigente.

Na obra de Bobbio sobre Kant (2000, p.19), pode-se verificar que esse monopólio se apoia na exclusividade atribuída ao Estado para editar normas válidas e de obediência compulsória: “... forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei”.

A relevância do tema faz com que se torne recorrente na obra de Weber. Em “Ciência e Política: duas vocações” (2008, p. 60), o sociólogo alemão aprofunda a questão do monopólio estatal da violência:

Entretanto, nos dias de hoje, devemos reconhecer o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território — a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado — reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. Sem dúvida, é próprio de nossa época o não reconhecer, com referência a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere. Nesse caso, o Estado se transforma na única fonte do ‘direito’ à violência.

Ainda na mesma obra, Weber (2008, p. 61) pontua:

Assim como nos agrupamentos políticos que o precederam no tempo, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem pelo homem, com base no instrumento da violência legítima — ou seja, da violência considerada como legítima. Por conseguinte o Estado pode existir somente sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.

Norbert Elias (1993) trata do tema do gradual deslocamento da utilização das armas e dos meios de força, alocando-a ao Estado em regime de exclusividade. A profundidade com que o pensador alemão situa essa evolução num contexto histórico, a partir da dinastia dos capetos, é digna de destaque.

Todavia, é preciso que se explore mais a temática da legitimidade da violência estatal. Por óbvio, esta também há de encontrar limites. A violência estatal deve se conformar a duas situações básicas: reação à agressão de outro Estado e à garantia da integridade territorial do Estado soberano. Ainda assim, mesmo nas circunstâncias apontadas, a violência estatal

encontra limites, seja no plano internacional, seja no plano interno, devendo se pautar pelas regras do Direito Internacional aplicáveis tanto aos casos de crimes de guerra, quanto aos de genocídio, por exemplo. E, mesmo nos casos em que a violência é autorizada, esta deve se restringir ao estritamente necessário a conter a agressão até que uma arbitragem, reconhecida pela comunidade internacional, ou, se no plano interno, no limite necessário para que cesse a agressão. A mídia é pródiga em exibir situações nas quais as forças policiais, mesmo após algemarem o infrator, prosseguem na agressão física e/ou psicológica, em evidente exorbitância de sua esfera de atribuições. Já aqui o refinamento, a especialização das funções estatais: à força policial cabe prender, deter, conter — jamais punir.

Weber identifica os limites ao exercício da violência pelo aparelho estatal com os fundamentos que regem a dominação, em especial o que se refere ao primado da lei. Assim, o Estado, por intermédio da lei, expropria de todos os seus governados o direito de recorrer à violência para resolver seus litígios. Ao contrário do afirmado por Hannah Arendt^{8,9} (1985, p. 25, p.67), a violência não é o oposto do poder — ao contrário, é um dos fundamentos deste que, aliás, só tem sua justificação na medida em que se coloca fielmente a serviço da defesa das liberdades públicas e civis.

Da perspectiva do Direito Penal Brasileiro, a conduta da pessoa que se abstenha de recorrer ao Estado para diretamente resolver um litígio tipifica o crime tecnicamente denominado exercício arbitrário das próprias razões, ao que o senso comum denomina “fazer justiça com as próprias mãos”. O mesmo sistema jurídico excetua desses casos a legítima defesa que, entretanto, comporta restrições, não podendo, por exemplo, a ação que se reputa em legítima defesa ser aplicada em situação em que a agressão já se consumou ou cuja intensidade exceda ao necessário à defesa de sua integridade física ou do patrimônio próprio ou de outrem. Assim, o Estado como regra, subtrai ao particular resolver por si seus litígios, a não ser de forma pactuada. Caso assim não possa ser, há de se recorrer ao Estado.

Entretanto, é preciso estabelecer alguma área de mediação entre as posições de Weber e de Arendt, sobretudo, ponderando-se os contextos históricos em que foram concebidas e, ainda, lembrando a peculiar metodologia weberiana, o que implica dizer que é na condição de conceito típico-ideal que a noção de monopólio da violência legítima exercido pelo Estado Moderno tem validade para essa análise.

⁸ “A soma de violência à disposição de qualquer país pode rapidamente deixar de ser uma indicação confiável de seu vigor ou uma garantia segura contra a sua destruição por um poder substancialmente menor e mais fraco”

⁹ “Jamais existiu governo exclusivamente baseado nos meios de violência. Mesmo o domínio totalitário, cujo principal instrumento de dominação é a tortura, precisa de uma base de poder — a polícia secreta e sua rede de informantes.”

Elias (1993, v.2, p.98) coloca num mesmo plano os monopólios da violência legítima e o da tributação:

Os meios financeiros arrecadados pela autoridade sustentam-lhe o monopólio da força militar, o que, por seu lado mantém o monopólio da tributação. Nenhum dos dois tem precedência sobre o outro , pois são dois lados do mesmo monopólio.

Em síntese, os elementos território, separação entre pessoa do governante e Estado e os monopólios da violência legítima e da tributação, são os principais delineadores do Estado Moderno que, se visto segundo a sua dimensão instrumental em relação ao indivíduo, afirma-se como o *locus* privilegiado para formulação e implementação das políticas públicas, entre elas a da saúde.

Além do enfoque sócio-político, importa à presente abordagem uma breve referência à evolução do sistema feudal para o sistema capitalista sob a ótica econômica.

A Peste Negra, que dizimou 40% da população europeia, e a fome impactaram fortemente o sistema feudal. De outro lado, o comércio foi revivido pelas Cruzadas (do século XI ao XII) o que propiciou à Europa um intenso desenvolvimento urbano e comercial, um novo modo de produção se estabeleceu, corroendo os fundamentos do feudalismo.

Assim, na Idade Moderna, os reis, com o recurso econômico do mercantilismo e político do absolutismo, se fortalecem e, nesse quadro, o Estado passa a controlar a economia e a buscar colônias onde pudesse obter metais, circunstância que, por via oblíqua, enriquece a burguesia, classe que detém os meios de produção. A distância entre o poder econômico da burguesia e a sua expressão política redonda na crise do absolutismo e no desencadeamento das revoluções burguesas, a Francesa e a Inglesa, que darão origem ao capitalismo¹⁰.

¹⁰ Há vários textos clássicos sobre essa transição do feudalismo ao capitalismo, entre eles o de Huberman (1984, p.164) : “Na Inglaterra , em 1689, e na França, em 1789, a luta pela liberdade do mercado resultou numa vitória da classe média. O ano de 1789 bem pode ser considerado o fim da Idade Média, pois foi nele que a Revolução Francesa deu o golpe mortal no feudalismo. Dentro da estrutura da sociedade feudal de sacerdotes, guerreiros e trabalhadores, surgira um grupo de classe média. Através dos anos, ela foi ganhando força. Havia empreendido uma luta longa e dura contra o feudalismo marcada particularmente por três batalhas decisivas. A primeira foi a Reforma Protestante; a segunda foi a Gloriosa Revolução na Inglaterra , e a terceira, a Revolução Francesa. No fim do século XVIII, era pelo menos bastante forte para destruir a velha ordem feudal. Em lugar do feudalismo , um sistema social diferente, baseado na livre troca de mercadorias com o objetivo primordial de obter lucro , foi introduzido pela burguesia. A esse sistema chamamos — capitalismo”.

1.3 O surgimento e a ascensão do Welfare State e fatores de seu sucesso; as diversas tipologias; o recrudescimento do liberalismo e declínio do Estado de Bem-Estar; reflexos da onda globalizante no Brasil; o Estado mínimo.

A forma como o Estado se relaciona com a sociedade, especificamente como atua ou como se omite em relação aos problemas sociais, inspirou a concepção de uma das tipologias do Estado: a que classifica os Estados em liberais e Welfare States (ou, ainda, Estados de bem-estar social ou Estados Providência, denominações aqui tomadas como semanticamente equivalentes).

Assim, na sequência do capítulo precedente, quando se procurou situar no espaço-tempo o surgimento do Estado Moderno, elaboração humana necessária à organização da vida em coletividade, aqui se vai traçar, de forma sinóptica, a trajetória do Estado de Bem-Estar, pela significativa representação que essa espécie do gênero estatal tem pelo prestígio que concede à questão social. Ou seja, a opção por essa espécie é aqui justificada por ser a que exhibe um viés promocional das políticas sociais, em oposição ao Estado liberal que pugna por uma omissão nem sempre explícita àquela questão.

A clássica definição de Wilensky (apud Bobbio, 1998, p. 416) prescreve que Welfare State é a forma de Estado que garante “tipos mínimo de renda, alimentação, saúde, habitação, assegurados a todo cidadão não como caridade mas como direito político”. Trata-se de forma de organizar politicamente o Estado, de modo a que seja o agente da promoção, não apenas como defensor, mas, sobretudo, como promotor de políticas públicas e de organizador da economia.

Rosanvallon (1997, p. 122) comenta a designação “Welfare State”:

A expressão inglesa *Welfare State* (Estado de bem-estar) é muito mais recente [quando comparada à expressão Estado-providência, que surge no segundo império]. Foi criada na década de 40 (embora se falasse de *welfare policy* desde o início do século XX). O termo alemão correspondente *Wohlfahrstaat* foi empregado desde a década de 1870 pelos “socialistas de cátedra”. O termo *Sozialstaat* era igualmente utilizado para qualificar as reformas implantadas por Bismarck nos anos 1880. Pode-se ainda observar que a expressão *Wohlfahrstaat* designava, também, na pena dos historiadores alemães do século XIX, os aspectos julgados mais positivos da ação de polícia (*Polizeistaat*) nos governos do século XVIII: polícia do preço dos cereais, da luta contra a carestia, etc. A referência é, portanto, nitidamente antiliberal, uma vez que eram justamente esses regulamentos de polícia econômica que autores como Adam Smith criticavam vigorosamente.

Como estrutura política institucionalizada, o Estado de Bem-Estar é uma construção civilizatória das mais complexas, abrangentes e exitosas, tendo surgido nos países capitalistas da Europa Ocidental e angariado forte supedâneo econômico nos EUA a partir da grande depressão.

Assim, no final do século XIX, o crescente protagonismo das organizações sindicais e as condições trabalhistas ensejadas pela Revolução Industrial desencadeiam o surgimento de políticas sociais — inicialmente com preocupações previdenciárias e trabalhistas.

Sobre a importância das condições a que eram submetidos os trabalhadores, uma recorrente permanência ao longo de toda a história do trabalho, Castel (2008, p.218) registra:

Se os consumos alimentares e alguns elementos do modo de vida se modificaram, a situação econômica de um pequeno arrendatário normando do século XVII não é, sem dúvida, essencialmente distinta da de seu homólogo do século XIV, nem a condição de um pisoador flamengo da baixa Idade Média difere da dos miseráveis trabalhadores nas fábricas de Lyon no século XVIII...

A existência de uma miséria de massa decorre, pois, de razões sociológicas tanto quanto de razões diretamente econômicas.

Aqui a referência de Castel prende-se aos efeitos do liberalismo econômico e da Revolução Industrial sobre as condições de vida dos trabalhadores. Em outra passagem da mesma obra Castel (2008, p.223):

Mas, eis o paradoxo. Arrancada econômica portanto: em alguns setores — as finanças e o comércio sobretudo, as indústrias em via de concentração — o avanço é extraordinário e a expansão beneficia, ainda que de modo desigual, a quase todos os grupos sociais. Porém, os assalariados são os únicos perdedores na questão. Segundo os cálculos realizados por Ernest Labrousse, de 1726 a 1789, o salário médio cresce de 26%, mas o custo de vida aumenta 62%, isto é, uma diminuição da renda da ordem de um quarto. É que os pobres não mais morrendo em massa, continuam a procriar; assim, tornam-se mais numerosos e, ao mesmo tempo, mais pobres.

Assim, no plano da política sindical, verifica-se um movimento que, gEstado na Inglaterra, França e Alemanha, dissemina-se para outros países capitalistas ainda na segunda metade do século XIX. No plano das instituições políticas, observa-se gradativa absorção das normas trabalhistas pelos ordenamentos jurídicos europeus. Exemplo dessa positivação das normas trabalhistas é a Convenção de Berlim, de 1890, que prescreve um conjunto de normas trabalhistas que deveriam ser seguidas pelos Estados convenientes.

Como bem acentua Vianna (1999, p. 15), aqueles movimentos operários inserem na agenda pública os primeiros direitos sociais:

Foi a emergência de novos detentores de direito, especialmente o movimento operário em meados do século passado, que deu fim à rigorosa separação entre o Estado e a sociedade civil, nos termos da tópica liberal da liberdade negativa¹¹. O Direito do Trabalho, nascido dos êxitos daqueles movimentos, conferiu um caráter público a relações da esfera privada, como o contrato de compra e venda da força de trabalho, consistindo em um coroamento de décadas de lutas do sindicalismo, apoiado por amplos setores da sociedade civil de fins do século XIX e começo do século XX.

De forma paradoxal, um dos primeiros marcos de institucionalização de uma política social, matriz embrionária do Estado de Bem-Estar, se deu num regime autoritário — o governo do “Chanceler de Ferro” na Alemanha, Otto Von Bismarck.

Dois características emergem das análises das políticas sociais bismarckianas: seu caráter seletivo/corporativo e seu escopo político de cercear o desenvolvimento dos movimentos reivindicatórios dos operários. Assim, trata-se de estratégia adotada a partir de uma declaração do imperador no *Reichtag*, em 1881, quando o monarca destacou que a paz social deveria ser alcançada pela via do seguro social contra acidentes de trabalho, invalidez e visando ao amparo em caso de doenças e na velhice.

Todavia, em que pese ser, de fato, uma estratégia destinada a conter o crescente poder das massas operárias, a seguridade social de Bismarck teve também o propósito de contribuir para a política de unificação do Estado alemão.

A aparente contradição notada diante da constatação de que o reconhecimento de direitos sociais dos mais necessitados principia pelos Estados autoritários é resolvida ao se considerar que o liberalismo identifica-se com a ética protestante, que preconiza um desestímulo à preguiça, um culto à livre concorrência, e, nesse contexto, a assistência representaria um desvio moral do princípio “a cada um segundo os seus merecimentos”. As políticas de proteção dos mais necessitados seria um obstáculo medieval erigido contra a livre iniciativa.

De um modo geral, pode se afirmar que as políticas sociais de Bismarck e suas congêneres estavam em contradição com direitos políticos e civis. É o caso, por exemplo, da Lei dos Pobres aprovadas em 1834, na Inglaterra, pela qual se obtinha alimento em troca da renúncia à liberdade pessoal.

¹¹ A palavra “negativa” justaposta ao termo “liberdade” é usada para designar um espaço da vida do indivíduo no qual se nega qualquer interferência, referindo-se, no campo jurídico, político e, sobretudo, no econômico, à não interferência estatal na vida do indivíduo. Trata-se de conceito seminal para o credo liberal.

Apenas na Inglaterra dos anos 40 é que se vão promover os direitos sociais ao status de direito das pessoas e não mais uma dádiva estatal. Esse giro conceitual é geralmente atribuído ao plano Beveridge, uma série de documentos, entre os quais o *Social Insurance and Allied Services* (o Relatório Beveridge de 1942) e o *Full Employment in a Free Society* (1944). O impacto social desse plano numa sociedade vitimada pelas agruras de uma guerra de proporções mundiais foi extraordinário. O plano apresentava, pela primeira vez na história da assistência, a característica da universalização, ampliando a concepção bismarckiana que só abrigava a classe operária. Assim, para além do caráter da assistência propriamente dita, o plano teve o mérito de estimular a solidariedade entre as classes sociais.

Não se pode deixar de destacar que, no âmbito da teoria econômica, tinham grande relevância na época as ideias de Keynes, que defendiam uma intervenção do Estado na economia de modo a estimular o pleno emprego e a seguridade social como um fundamento macroeconômico capaz de assegurar a estabilidade. Assim, política econômica e política social conjugavam-se de modo sinérgico. O plano Beveridge apoiava-se no tripé: o pleno emprego, o Serviço Nacional de Saúde e o abono de família. Sob o ponto de vista dos destinatários, uma importante característica do plano era a universalização dos benefícios e serviços, em oposição à focalização: estivessem trabalhando ou não, as pessoas deveriam contar com alguma proteção por parte da comunidade.

A importância do plano Beveridge transcendeu os limites operacionais da política social, convertendo-se em objeto de pesquisas acadêmicas, tendo influenciado os trabalhos de Marshall sobre a cidadania e de Richard Titmuss na concepção de sua pioneira tipologia do Welfare State.

Estabelecido de forma relativamente consensual como marco cronológico da gênese do Welfare State, o Plano Beveridge, quando legitimou o *National Health Service Act*, em 1942, assinalou também o início de uma fase de grande desenvolvimento dessa peculiar forma de organização do Estado que marcaria a cena social e política do mundo ocidental até pelo menos a década de 70 do século passado.

Sob o ponto de vista do humanismo, é, como já se mencionou, uma dimensão virtuosa da relação entre o Estado e a sociedade civil o rompimento de uma relação contratual entre Estado e indivíduo, que marcou as políticas sociais governamentais anteriores, para uma relação em que o ente estatal cria um sistema gratuito e universal, financiado pelo orçamento fiscal.

Como sintetiza Fiori (1997, p. 134), podem ser destacados pelo menos quatro fatores de sucesso do Estado de Bem-Estar, durante o período compreendido entre 1946 a 1975.

Um desses fatores decorre da conjugação de cinco circunstâncias econômicas:

- a generalização do paradigma fordista, modelo em que se verifica a conjugação virtuosa de produção em massa, emprego em massa e consumo em massa;
- a formação de um consenso político sobre as virtudes do pleno emprego e do crescimento;
- a formação de consenso também em torno das políticas keynesianas que estimulavam as despesas sociais que incrementavam a demanda efetiva e, na conseqüência, o arrefecimento de tensões políticas e de reivindicações trabalhistas;
- crescimento econômico em ritmo sem precedentes na história do capitalismo;
- geração de excedentes fiscais apropriados por coalizões políticas envolvidas com causas sociais.

Um segundo fator que teria concorrido para o sucesso do Estado do bem-estar social decorreu do ambiente econômico de cooperação inaugurado a partir dos acordos de Bretton Woods¹², que ensejava a possibilidade de conciliação entre estabilidade econômica internacional e desenvolvimento das políticas sociais preconizadas pelo Welfare State.

Como terceiro fator para o desenvolvimento do Welfare State, um elemento de natureza comportamental: trata-se do ambiente de solidariedade nacional incutido nos países vencedores e vencidos após a Segunda Guerra Mundial, circunstância que, num segundo momento, transcenderia as fronteiras dos países gerando um clima de solidariedade internacional.

O quarto fator que concorreu para o sucesso dos Welfare States foi a consolidação das democracias partidárias e de massa nos países centrais pelo fato de as reivindicações dos eleitores assumirem importância estratégica na definição dos resultados das eleições.

A tipologia pioneira das formas pelas quais o Welfare se manifestou nos diversos países é a de Richard Titmuss que, proposta em 1974, sugeria três modelos: o Modelo Residual de Bem-Estar; o Modelo de Produtividade e Desempenho Industrial e o Modelo Redistributivo Institucional.

¹² A Conferência de Bretton Woods, promovida pela ONU e realizada em 1944 nos Estados Unidos, com a participação de 44 pessoas, celebrou uma série de acordos que visavam traçar regras para as relações comerciais e financeiras entre os países mais industrializados do mundo e, nessa oportunidade, foram criados o Fundo Monetário Internacional — FMI e o Banco Interamericano de Desenvolvimento — BIRD.

O Modelo Residual de Bem-Estar preconiza a provisão de um nível mínimo de assistência, por defender a idéia de que as necessidades individuais devam ser supridas por instituições naturais: o mercado e a família. Essa atuação marginal do Estado destina-se à pobreza extrema devidamente comprovada. Um declaração citada por Titmuss (apud Faria, p.62) traduz bem o caráter episódico e marginal da atuação estatal: *o verdadeiro objetivo do Estado de Bem-Estar Social é ensinar as pessoas a viverem sem ele.*

Já o Modelo de Produtividade e Desempenho Industrial atribui um papel central às instituições privadas de mercado, restringindo a atuação estatal à correção das distorções observadas. Nesse modelo, as necessidades individuais são supridas de acordo com o mérito, aferido principalmente pela produtividade e o desempenho no trabalho. Um decorrência desse modelo é a vinculação do valor dos benefícios ao nível de renda do beneficiário.

O Modelo Redistributivo Institucional posiciona o Estado no centro do provimento de benefícios e serviços que devem ser oferecidos de forma universal, sem levar em conta o mercado, fundando-se na necessidade. O bem-estar individual é uma responsabilidade do Estado e, nesse contexto, cabe ao ente estatal perseguir a igualdade entre as pessoas. Esse modelo abriga a noção de mínimo social, compreendendo a idéia de que as pessoas têm direito à cidadania plena e, portanto, devem ter um padrão de vida compatível com a dignidade inerente a todo ser humano.

A tipologia de Titmuss tem o mérito de abrigar as diferentes experiências históricas, ensejando até que sejam eleitos representantes de cada tipo ideal nela descrito: residual, a experiência norte-americana; Produtividade e Desempenho Industrial, a experiência alemã; Redistributivo Institucional, os países nórdicos, com destaque para a Suécia.

Abordando temática correlata, Marshall em seu clássico estudo sobre a evolução da cidadania, vista a partir da fruição de direitos, não teve a mesma visão sistêmica: restringiu-se ao caso da Inglaterra e, daquele contexto limitado, permitiu-se generalizações que a história revelaria nem sempre aplicáveis.

Uma outra tricotomia analítica dos Estados de Bem-Estar é a concebida por Gosta Esping-Andersen, publicada em 1990. O sociólogo dinamarquês atribui às variáveis analíticas natureza de mobilização dos trabalhadores, estruturas das alianças políticas e construção histórica da institucionalização do regime político papel determinante para explicar as diferentes formas como o Welfare State se desenvolveu nos diversos países.

Esping-Andersen elegeu dois conceitos como seminais para o desenvolvimento de sua tipologia. Um desses conceitos é o de desmercantilização da força de trabalho que significa a

capacidade de o Estado se abster de analisar as necessidades do indivíduo vis-à-vis sua participação no mercado de trabalho. O outro conceito é o de estratificação social segundo o qual o Welfare state não é apenas um mecanismo que intervém e busca corrigir as desigualdades. Para além disso, é também um sistema de estratificação social, o que pode ser observado na assistência aos comprovadamente pobres, pois, quando se inserem nessa categoria, são estigmatizados, razão pela qual essa modalidade de Welfare é muito criticada pelos trabalhadores.

A partir desses conceitos, Esping-Andersen propõe sua tipologia tricotômica.

Uma primeira modalidade, “Regime “liberal”, em que se exige a comprovação de carência, atingindo grupos focalizados de operários de baixa renda, constantemente estimulados, pelo baixo nível da assistência, a se inserirem no mercado de trabalho. Nessa modalidade observa-se intensa estigmatização dos beneficiários da ação estatal. São arquétipos dessa modalidade os Estados Unidos, o Canadá e a Austrália.

Um segundo tipo proposto por Esping-Andersen denomina-se conservador ou corporativista e tem como base a preservação das diferenças de status entre as pessoas, do que decorre seu efeito redistributivo irrisório. Nesse modelo já não se atribui ao mercado a exclusividade pela provisão do bem-estar. Não há grandes controvérsias quanto à concessão de direitos sociais, pois também não há aquela obsessão liberal pela mercantilização da força de trabalho e nem pelo funcionamento do mercado. Não há desenvolvimento de benefícios como creches e outros serviços prEstados às famílias, pois defende que a participação do Estado é meramente subsidiária à atuação da família. É o verificado na Alemanha, França, Áustria e Itália.

A terceira categoria da tipologia de Esping-Andersen é a representada pela social-democracia, caracterizada pela adoção de princípios universalistas na provisão do bem-estar e pela desmercantilização da força de trabalho. Superando o dualismo Estado x mercado, esse modelo promoveria uma igualdade nos mais elevados padrões de benefícios e serviços, ao contrário do modelo liberal, por exemplo, que promoveria a igualdade na satisfação dos níveis mais básicos de necessidade. Traça como objetivo a independência do indivíduo, proclamada em relação ao Estado e à família, o que induz como consequência evidente uma pesada carga de serviços sociais que requer para sua manutenção o constante estímulo ao pleno emprego. O representantes paradigmáticos dessa categoria são a Suécia, a Dinamarca e a Noruega.

De forma sintética, é correto afirmar que os grandes modelos teóricos da relação entre Estado e sociedade são o pluralista e o marxista. Na vertente pluralista, aglutinam-se as

teorias que entendem o poder como distribuído na sociedade entre diversos centros de poder, sem que se efetive uma acentuada hegemonia. O debate político engloba temática variada como economia, moral, religião, raça e gênero. Para o Estado, reputa-se uma neutralidade restringindo-o à promoção da conciliação entre os diversos grupos de interesse que interagem de acordo com a lógica do mercado. Já pelo viés marxista, militam as teorias que partem das relações entre economia, classes sociais e Estado, que se entendem como relações de poder que promovem políticas públicas como portadoras dos interesses do capital, na medida em que vêem a entidade estatal como mero comitê destinado a administrar os interesses da burguesia.

Conquanto polarizem a discussão, ambas as posições fincam suas bases na sociedade, na medida em que entendem que a ação do Estado deriva de pressões sociais.

Em meados da década de 80 do século passado, surgiu um novo modelo teórico denominado neoinstitucionalista que, na esteira de Hegel e Weber, recoloca o Estado no protagonismo da concepção das políticas estatais. Assim, para esse enfoque analítico, o Estado não se resume passivamente a conciliador de diferentes tendências — ao contrário, a burocracia estatal empenha-se no controle de suas instituições, potencializando sua autoridade, seu poder político e, por fim, suas possibilidades de ação e de controle sobre o território. Abaixo, importante excerto de um ensaio, BODSTEIN (1995, p. 225), no qual se pode verificar uma abordagem neoinstitucionalista:

Outra questão fundamental é resgatar analiticamente a capacidade da burocracia técnica de agir autonomamente, apresentando soluções, propondo diretrizes e normas que, se não redefinem inteiramente a agenda, pelo menos servem como parâmetro de mudança possível. Esse é o tema que, como vimos, restabelece a centralidade e a autonomia do Estado e do seu corpo de funcionários/especialistas.

A aplicação do modelo neoinstitucionalista pode ensejar o surgimento de pelo menos duas ordens de tensão que precisam ser identificadas de modo a propiciar oportuna intervenção visando ao equilíbrio e possam atuar em sinergia e não em oposição. De um lado, a denominada “centralidade e a autonomia do Estado e do seu corpo de funcionários/especialistas” pode constituir estamentos auto-centrados que dirigem o fornecimento de bens e serviços aos usuários reduzidos à condição de meros clientes, conduzindo ao que Bobbio (1998, p.419) denomina de “despotismo administrativo”. De outra vertente, aquelas mesmas estruturas podem, a partir desse mesmo poder, organizarem

espaços abertos à participação dos usuários na formulação de agendas, conferindo assim uma dimensão emancipatória por meio dessa interação.

No Brasil, o curso dos acontecimentos nessa área do relacionamento da burocracia estatal com a sociedade tem registrado alternâncias entre o encastelamento na posição de donos do poder finalizada à locupletação com a promoção de uma dimensão virtuosa da participação popular, definidas, todavia, apenas no nível da superfície, mas que preservam no talvegue desse curso um perfil de despotismo administrativo como uma permanência que recomenda a vigilância constante sobre o modelo neoinstitucionalista. Nesse sentido e sempre atual, Faoro (1976, p.733):

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade se assenta no tradicionalismo — assim é porque sempre foi.

Os modelos teóricos foram se desenvolvendo à medida que, no campo da política e da economia, a práxis ia fornecendo os elementos empíricos para observação dos pesquisadores. Assim, a associação entre o Keynesianismo e o Welfare State desenvolveu-se a partir do término da II Grande Guerra, prolongando-se por cerca de trinta anos, constituindo-se no que se convencionou chamar de ciclo de ouro do capitalismo.

Em meados da década de 70, essa sinergia virtuosa entre Keynesianismo, paradigma industrial fordista e políticas de bem-estar começa a mostrar os primeiros sintomas de esgotamento marcado pelo agravamento do déficit público, seguido do aumento nas taxas de juros e da dívida pública. Também aparecem outras manifestações da debilidade do sistema como a queda da produtividade da mão-de-obra e da eficiência dos gastos públicos. Os países passam a conhecer a estagflação, neologismo criado para definir a perversa combinação de recessão da economia com crescente inflação.

Assim, há uma crise instalada na administração das políticas sociais, caracterizada pela diminuição das receitas decorrente da compressão da atividade econômica de um lado e, de outro, pela inflação, especialmente alta na economia da saúde, e, também pelo aumento no desemprego inerente ao processo de recessão econômica que empurra maiores contingentes populacionais à demanda por serviços e benefícios.

Como consequência, passam a ganhar destaque os estudos que pregam o retorno à separação entre Estado e sociedade, rompida durante os anos de ouro do capitalismo, quando sociedade e Estado andaram juntos. Essa união passa a ser vista não mais como um processo equilibrado, mas como uma convivência que levará à eliminação de um destes pólos.

Para alguns autores como Offe (apud Bobbio, 1998, p. 418) e Habermas (apud Bobbio, 1998, p.418), o Welfare State enseja a “estatalização da sociedade”, na medida em que trabalho, rendimento e oportunidades de vida não mais obedecem ao mercado, mas a mecanismos políticos que visam a prevenir conflitos, à estabilidade do sistema, à legitimação do Estado. A preferência política não mais decorre das interações na sociedade civil, mas se forma por meio de estratégias institucionais que selecionam as solicitações funcionais ao sistema. Toda a estrutura política e os sindicatos operam como meros provedores de benefícios e de serviços públicos barganhando-os pelo apoio político-eleitoral. Nesse contexto, as soluções passam pela atuação de segmentos sociais comprometidos com a economia concorrencial e pelos grupos que defendem interesses “de baixo para cima”, não submetidos à censura institucional.

Já para os que se filiam a uma outra categoria analítica a crise do Welfare State decorre de um processo a que denominam “socialização do Estado” Huntington e Crozier (apud Bobbio, 1998, p. 419). Para estes, a ideologia igualitária desautorizaria a autoridade política, a intervenção estatal nas relações sociais geraria uma sobrecarga de solicitações, conduzindo as instituições demandadas à paralisia e a disputa entre as organizações políticas pela primazia de suas demandas implicaria a impossibilidade do adequado escrutínio daquelas solicitações, conduzindo a uma total permeabilidade das instituições a demandas individualizadas.

Decretada precocemente a falência do welfare state, tem início o recrudescimento do liberalismo. Do ponto de vista teórico mais sistematizado, suas bases foram lançadas com a publicação de “O Caminho da Servidão” de Friederick Von Hayek em 1944 que, todavia, à época, apenas despertou interesse acadêmico, devido sua condição de antípoda de outros instrumentos teóricos de orientação distinta como, por exemplo, o Relatório Beveridge.

Diante desse novo quadro em que o modelo welfariano se mostrava extenuado, abatido por forte crise fiscal, aquele ideário de Hayek, que permanecia latente, encontra finalmente espaço político para se estabelecer, o que foi propiciado pela ascensão ao poder de Margaret Thatcher em 1979 e Ronald Reagan em 1981, na Inglaterra e nos Estados Unidos, respectivamente.

Em linhas gerais, o pensamento liberal repousa sobre quatro fundamentos:

- as pessoas só tomam decisões motivadas por interesses individualistas e é sob essa premissa egocêntrica que as relações econômicas, sociais e políticas podem ser explicadas;
- essa perspectiva individualista não conduz à barbárie, mas à harmonia porque deriva de uma ordem natural;
- essa ordem natural apresenta-se por meio do mercado — é ele que regula e apazigua as tensões capazes de perturbar a ordem natural;
- em consequência, o mercado não deve se submeter a qualquer ingerência — ainda que do Estado. É que qualquer intervenção afetaria a ordem natural.

Em 1989, reunidos o Fundo Monetário Internacional-FMI, Banco Interamericano de Desenvolvimento-BIRD, Banco Mundial, funcionários do governo norte-americano e economistas latino-americanos avaliaram as reformas neoliberais que estavam em curso na América Latina. Daí, surgiu um receituário para os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento que ficaria conhecido por Consenso de Washington, preconizando a reestruturação econômica e reforma do Estado e condicionando a concessão de créditos à adoção de draconianas medidas fiscais que implicavam a redução do espectro de atuação do Estado.

Embora nem sempre destacada, há alguma especificidade a discernir o neoliberalismo de liberalismo clássico. Enquanto para os clássicos o mercado é um mecanismo auto-regulado, para os neoliberais o mercado apresenta imperfeições que devem ser corrigidas pelo Estado, mediante alguma regulação a ser implementada pelo ente estatal — sempre em proveito do capital. A permeabilidade à regulação é mera via instrumental para reforçar os fundamentos liberais que são, em síntese, os mesmos.

Essas reformas neoliberais desencadearam um conjunto perverso de conseqüências, entre as quais pode se atribuir maior relevo à remercantilização da força de trabalho, à desregulamentação dos mercados de trabalho, ao sempre tentado desmonte da legislação trabalhista denominada eufemisticamente “flexibilização das relações trabalhistas” e a privatização dos serviços sociais.

Temática candente nas últimas décadas, a globalização não é fenômeno novo, podendo ser detectada já no período das grandes navegações, da expansão ultramarina da Europa ou até na Antiguidade. Todavia, na história mais recente, ao se combinar com o ideário neoliberal, ensejou a definição de um novo modelo de relação entre o Estado e a sociedade. Trata-se de

um processo complexo e multifacetado, com importantes implicações nas mais variadas áreas do conhecimento, com intensas repercussões na vida social.

Em sua versão contemporânea, a globalização, integrando mercados com rapidez jamais vista, promovendo a circulação de bens, serviços, tecnologias, recursos financeiros, culturas e informações em dimensão planetária, deslocou os centros do poder para outras estruturas mais ágeis, fragilizando o poder de tributação e de regulamentação dos governos. As organizações abandonaram o modelo de orientação vertical e passaram a adotar uma estratégia de redes, estabelecidas sobre parcerias, colaboração mútua e bases contratuais flexíveis. Faria (2004, p. 32) identifica características do fenômeno:

Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua centralidade quanto sua exclusividade. No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidas, de tal forma que os primeiros já não são mais apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais, como também a condicioná-los.

Nesse contexto, a caracterização acima parece mais perceptiva da realidade como ela é do que explicações que tendem a denominar a globalização e o neoliberalismo como meros epifenômenos cuja incorporação ao estudo da complexidade das políticas sociais representaria um reducionismo. Afinal, as profundas alterações que a globalização, veiculando preceitos neoliberais, induz na política interna dos países, é, sim, determinante para a efetividade dos direitos sociais.

No Brasil, esses efeitos foram sensíveis e, não raro, tiveram a magnitude suficiente para cercear conquistas hauridas da gestação de um amplo espectro de políticas de Estado positivadas na Constituição de 1988.

Nesse sentido, foi constitucionalizado o acesso da população a um denso conjunto de bens e serviços públicos, dotados de garantia de estabilidade do valor dos benefícios. O capítulo 6º define como direitos a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Como demonstração da inspiração welfareana do texto constitucional original, menciona-se o Art. 196 que define a saúde como direito de todos e dever do Estado — direito e não dívida estatal como na clássica definição de Wilensky já citada (cf p.22). Ainda estabelece outros direitos sociais, como no Art. 7º, inciso IV, o salário mínimo fixado em lei, unificado

nacionalmente, atendendo às necessidades básicas dos trabalhadores. Importante conquista foi a vinculação paritária entre este salário mínimo e os benefícios previdenciários e assistenciais.

Outra conquista foi a vinculação de recursos federais para áreas particularmente sensíveis como a educação e a saúde, estratégia que visa a minimizar a elevada discricionariedade conferida ao Executivo decorrente da adoção do orçamento autorizativo¹³.

Esse amplo espectro de benefícios e serviços constitucionalizados acenava com perspectivas alvissareiras para as políticas sociais, indicando que o Estado seria, finalmente, funcionalizado ao indivíduo, promovendo, sobretudo, a redução das desigualdades num país que é considerado pelos organismos internacionais como um dos mais desiguais do planeta.

As reações, inspiradas já pelo contexto internacional de globalização e neoliberalismo que já se mencionou, não tardaram. Falava-se de falta de flexibilidade orçamentária decorrente da vinculação de receitas, da imposição de despesas de caráter compulsório, e muito se combatia o incremento das transferências para Estados e Municípios que, é afinal, requisito essencial e de ordem prática para a existência de uma autêntica federação como pretende ser o Estado Brasileiro.

Esse quadro de reações ao modelo de Estado social estabelecido pela nova ordem constitucional ganharia novos e acentuados matizes conservadores com a eleição de Fernando Collor de Mello em 1990. A estratégia adotada então foi fazer da legislação complementar que iria regulamentar aqueles direitos sociais constitucionalizados adotando a interpretação mais restritiva possível, adotando uma hermenêutica não consentânea com a teleologia constitucional. Uma flagrante demonstração disso foi a tentativa de desvinculação dos benefícios previdenciários do valor do salário mínimo, em oposição à disposição constante do § 2º, do Art. 201, da CFRB/88. Outra manifestação de oposição à implementação da agenda social ocorreu com a Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90), fulminada por nada menos do que 25 vetos presidenciais, quase todos no tópico concernente ao financiamento.

Entretanto, o *impeachment* do Presidente Collor interrompeu aquele processo de desconstrução. Apesar do curto mandato, seu sucessor, o Presidente Itamar Franco, deu andamento à regulamentação que, juntamente com a Lei Orgânica da Saúde, constitui o núcleo central da política social brasileira composto pelas Leis Orgânicas: da Previdência

¹³ Orçamento autorizativo é o que atribui ao Executivo estabelecer as prioridades quantitativa e qualitativamente os dispêndios governamentais. Já no modelo impositivo a discricionariedade do Executivo é menor, cabendo ao Legislativo definir as prioridades. O Brasil adota o modelo autorizativo, enquanto os Estados Unidos o impositivo.

Social (Lei nº 8.212/91), da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) e da Função Social da Propriedade Fundiária (Lei nº 8.629/93). Ainda nesse período, foi implementada a previdência rural que passou a se orientar por critérios de demográficos, ensejando mecanismos de concessão mais equânimes e isonômicos. Enfim, foram dados grandes passos no sentido da universalização da política social brasileira.

No ano de 1993, em razão da política de rigoroso ajuste fiscal imposta, ocorreu uma crise de financiamento dos gastos sociais. O comando da economia, já nas mãos de Fernando Henrique Cardoso, Ministro da Fazenda de Itamar Franco, adotou, como parte integrante das medidas que integraram a estratégia de estabilização da economia brasileira pelo Plano Real, o Fundo Social de Emergência - FSE que reduz os valores das receitas vinculadas sob a justificativa de conferir maior flexibilidade à gestão da economia.

Fernando Henrique Cardoso assumiu o poder em 1995 e exerceu dois mandatos. No primeiro, até 1998, empenhou-se em conciliar os objetivos macroeconômicos com a efetivação de políticas sociais. No segundo, já sob o influxo das pressões de organismos internacionais, mais especificamente do FMI, diante da crise externa do balanço de pagamentos, foi imposto um rigoroso ajuste fiscal.

Em 2000, o sistema de financiamento da saúde foi contemplado com uma promissora vinculação de recursos com o advento da Emenda Constitucional nº 29 que impunha patamares mínimos de aplicação dos recursos da União, dos Estados e dos Municípios na manutenção do SUS. Todavia, o FSE, instrumento de desvinculação de receitas, que houvera sido criado para vigorar em 1994 e 1995, é prorrogado sob o nome de Fundo de Estabilização Fiscal-FEF, nos anos de 1995 a 1999 e depois como Desvinculação de Receitas da União – DRU, quando passa a amearhar, sob essa condição, 20% de todos impostos e contribuições da União.

O Presidente Lula assume em 2003, ainda sob fortes pressões do contexto globalizado e neoliberal que impunha a progressiva adoção de um Estado mínimo, com sensíveis reduções nos gastos sociais, circunstâncias opostas à trajetória política do Presidente ex-sindicalista.

As análises empreendidas hoje, retrospectivamente, não são convergentes. Há os que entendem que as políticas sociais do governo do Presidente Lula foram tímidas e até incompatíveis com expectativa e outros que tendem a analisá-las apenas pelo prisma das estatísticas, a estas atribuindo um significado determinante nessa análise.

A construtiva perspectiva questionadora indica duas vertentes de discussão: uma voltada à configuração dos programas (espectro de alcance, recursos alocados, etc), enquanto a outra preocupa-se com o padrão de proteção social que ensejam.

As políticas sociais mais recentes têm mostrado um viés de transferência de renda e, de fato, têm alterado a configuração da pobreza no Brasil e conferido um certo padrão de dignidade às populações mais carentes. Porém, ao exibirem uma tendência focalizadora, têm apequenado o papel das políticas públicas, ao mesmo tempo, em que podem se converter num mecanismo de transformação do cidadão num mero cliente de serviços e de benefícios atribuídos pelo Estado, o que tem desdobramentos na esfera da política partidária, sob a forma de recrudescimento de um clientelismo atrasado que parece se constituir num atavismo no cenário brasileiro.

Todavia, impõe-se ampliar a análise desse focalismo das políticas sociais tornado-a permeável a elementos que definam um novo *habitus*¹⁴ que, ao incentivar a mobilidade social com a pavimentação do caminho de acesso a direitos sociais, além de amortizar parte da enorme dívida social brasileira, induz ao culto de valores emancipatórios indispensáveis à construção de uma cidadania substancial¹⁵ e não apenas formal. Afinal, a repercussão a longo prazo da ação estatal que desloca grandes contingentes populacionais da mendicância para uma posição menos desprivilegiada abre espaço para que o beneficiário se aproprie de esquemas de percepção, apreciação e aprendizagem que podem induzir a uma reflexão social que o habilite à elaboração de esquemas de avaliação que, de outro modo, diante do desafio diário da fome e de outras privações, não seria possível. Nesse sentido, REIS (2005):

De toda maneira, a atenção para o condicionamento social da própria capacidade “civil” de reivindicação e afirmação de direitos evidencia que não há como escapar da demanda de certo *paternalismo* por parte do Estado, que deveria atender às urgências e carências mais importantes da população e viria a ser o agente principal da própria capacitação educacional e intelectual, e conseqüentemente política, de boa parte dos cidadãos. Diferentemente da visão de alguns [...], não vejo, do ponto de vista doutrinário, maior problema com o reconhecimento dessa necessidade de paternalismo estatal, pois o Estado democrático (como a crítica feita à concepção minimalista de democracia e sua inconsistência sugere) não pode ser aquele que não faça mais do que reagir à capacidade diferencial de pressão dos diversos interesses. E a própria

¹⁴ Habitus pode ser entendido como as estruturas mentais por meio das quais as pessoas apreendem o mundo social. Para Bourdieu (1990, p 157/158), é o “produto da interiorização das estruturas do mundo social”.

¹⁵ Como já se afirmou, na rotina das instâncias judiciais há quem resuma o cidadão ao eleitor. Trata-se de visão duplamente equivocada: o fato de ser eleitor, só por si, não torna alguém cidadão — tampouco, o fato de não sê-lo deve desconstituir a cidadania, ainda que a participação eleitoral seja um componente desejável da cidadania.

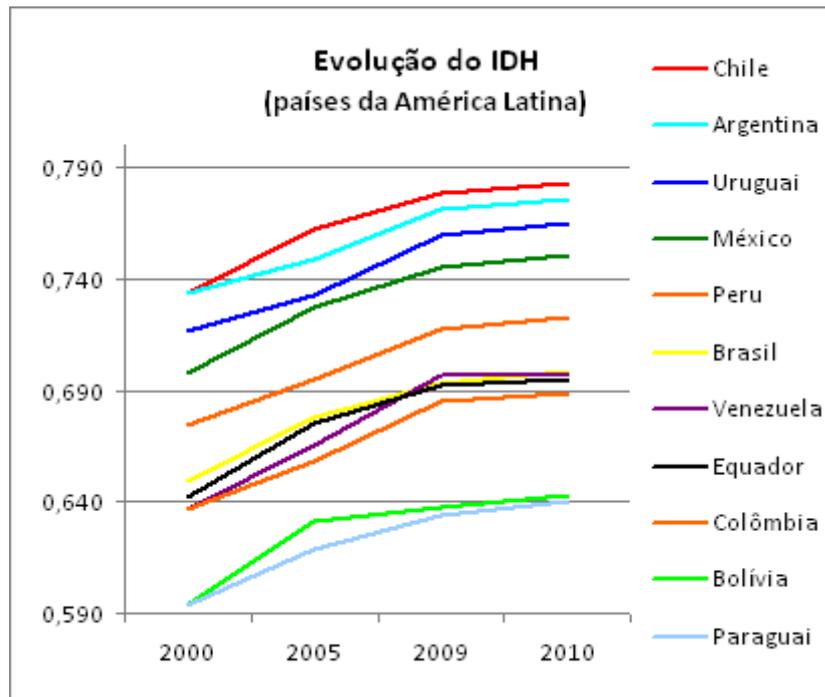
concepção contemporânea de cidadania [...] contém tanto a dimensão “civil” de autonomia e autoafirmação quanto a dimensão “cívica” do sentimento de solidariedade e de responsabilidade social.

E assim se chega ao atual Estado da arte das políticas sociais no Brasil onde se acham mesclados cenários progressistas com conservadores — de um lado, a constatação de que grandes contingentes populacionais ascenderam a uma condição social deixando a linha da pobreza, o que se reflete do Índice de Desenvolvimento Humano do País – IDH¹⁶; de outro, cenários conservadores em que se verificam ainda um atrasado clientelismo ensejado pela manipulação de programas sociais de desenho institucional tão virtuoso como o Bolsa Família. Vejam-se a tabela e o gráfico abaixo:

Dados do Brasil					
	Expectativa de vida (anos)	Anos de estudos esperados	Média de anos de estudo	Renda nacional bruta per capita (US\$ PPC)	IDH
1980	62.5	..	2.6	7,929	..
1985	64.4	..	3.0	7,318	..
1990	66.3	..	3.3	7,566	..
1995	68.3	..	4.4	8,242	..
2000	70.2	14.5	5.5	8,337	0.649
2005	71.7	14.2	6.6	8,982	0.678
2010	72.9	13.8	7.2	10,607	0.699

Fonte: PNUD

¹⁶ O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é adotado desde 1990 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e visa aferir a qualidade de vida, partindo de parâmetros mais abrangentes do que a tradicional avaliação do PIB *per capita*, reducionista por considerar apenas a vertente econômica do desenvolvimento, como era comum na época do chamado “milagre brasileiro” quando “a Economia ia bem, mas o povo ia mal”. O IDH é composto por uma tríade de parâmetros, todos de mesmo peso: renda, longevidade e educação. O cálculo do IDH é obtido pela média aritmética simples dos três componentes, que, previamente normalizados, passam a ser compreendidos no intervalo de zero a um. Quanto mais próximo o índice se situar do limite superior, maior o desenvolvimento humano na região.



Fonte: PNUD

A tabela evidencia que, de fato, houve uma evolução nos indicadores sociais do Brasil, já o gráfico mostra que países com uma economia mais débil têm indicadores sensivelmente melhores.

Entende-se, assim, a atualidade do recorrente comentário feito por diversos estudiosos estrangeiros acerca do Brasil, como registrado por PRADO JR (1963, p.8):

Disse-me certa vez um professor estrangeiro que invejava os historiadores brasileiros que podiam assistir pessoalmente às cenas mais vivas do seu passado.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS SOCIAIS. DIREITO À SAÚDE.

2.1 Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. O etnocentrismo das teorias. O eurocentrismo de Marshall e sua linearidade. Bobbio: universalização e multiplicação. Teorias das Gerações de Direitos. A superação vis-à-vis a cumulação.

Preliminarmente, é preciso situar semanticamente as expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais”. A doutrina majoritária entende indispensável uma taxonomia desses direitos, opondo-se, de forma contundente, àqueles que entendem não haver distinção alguma entre as citadas categorias. Bonavides (2007, p.560) é peremptório ao afirmar: *Temos visto nesse tocante um uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica...* Dessa perspectiva, direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais e direitos fundamentais são os que o direito vigente assim os qualifica, normalmente positivando-os.

Já outra corrente minoritária entende haver uma proliferação desnecessária de denominações, como o constitucionalista SILVA (1998, p.179) que defende serem todas expressões utilizadas para designar uma mesma categoria jurídica — reflexão epistemológica ligada à utilização da “navalha de Ockham”¹⁷.

As expressões “direitos humanos” e “direitos do homem” predominam entre os autores anglófonos e latinos, enquanto a expressão “direitos fundamentais” é da preferência dos autores alemães.

Precedendo a todas as designações, foi adotada a expressão “direito natural”, pois se acreditava que esses direitos todos derivassem exclusivamente da natureza mesma do homem, criado à imagem e semelhança de Deus, ou, para outros, seu apanágio enquanto ser racional. Como adiante se abordará, a origem divina dos direitos fundamentais é hoje tese superada.

Existe uma tendência mais ou menos generalizada, que parece ligada a um anacrônico etnocentrismo — às vezes recepcionado com ares de cultura superior pela via de uma síndrome de colonizado — em se atribuir com exclusividade às célebres “declarações”¹⁸ a origem das primeiras manifestações acerca dos direitos hoje ditos fundamentais.

¹⁷ Navalha de Ockham é um princípio de lógica atribuído a William de Ockham (século XIV), segundo o qual a explicação dos fenômenos só deve abrigar as premissas indispensáveis à sua compreensão e explicação, descartando aquelas cuja supressão não implique qualquer prejuízo ao estudo da hipótese. Atualmente, é uma máxima heurística que aconselha economia, parcimônia e simplicidade, especialmente nas teorias científicas.

¹⁸ Refere-se aqui à Declaração da Independência dos Estados Unidos, de 1776, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948.

Não se pode olvidar as contribuições de outras culturas. Nesse sentido, o escólio de João Baptista Herkenhoff (1994, p.49):

[...] os incas atingiram, no Peru, um adiantamento material não inferior ao dos astecas e um grau de civilização espiritual surpreendente, muito superior ao dos países europeus de então.

Adotaram um sistema comunista perfeito, muito mais elevado que o comunismo primitivo encontrado em outras culturas indígenas.

As terras, que pertenciam ao Estado, eram repartidas anualmente para que nelas todos pudessem trabalhar. Mantinham um Estado que vinha em socorro da viúva, da criança, do estudante, do inválido e que prestigiava o sábio. Inventaram um sistema democrático de trabalho e iam ao encontro daqueles que tivessem perdido sua colheita. Não adotavam a moeda, não praticavam o comércio, não conheciam a escravidão. A lã e os tecidos eram distribuídos a todos, indistintamente, pelo Estado. Em grandes depósitos, guardavam provisões para socorrer províncias que pudessem sofrer penúria, em razão de colheitas mal sucedidas.

Barnabé Cobo informa que, entre os incas, o dever de Justiça era exigido, de maneira rigorosa, de quem exercesse qualquer função de governo. A corrupção não era tolerada.

Wallerstein (2007, p.30) percute a temática abordando a forma peculiar de imposição da cultura “superior”:

Em 1492, Cristovão Colombo, depois de longa e árdua viagem pelo oceano Atlântico a caminho da China, atracou em diversas ilhas do Mar do Caribe. Não encontrou a China, mas achou algo inesperado que hoje chamamos Américas. Logo outros espanhóis seguiram seus passos. Em poucas décadas, os conquistadores espanhóis haviam destruído a estrutura política dos dois impérios das Américas, o asteca e o inca. Imediatamente um bando variegado de seus seguidores reivindicou a terra e procurou utilizar à força e impiedosamente o trabalho das populações desses impérios e do resto das Américas para lucrar com a terra de que se apossaram. Dali a meio século, grande parte da população indígena havia sido aniquilada pelas armas e pelas doenças.

Portanto, o estudo da gênese desses direitos deve necessariamente abrir caminhos para uma abordagem multicultural, emuladora de uma alteridade que, de uma vertente, admite a identificação ou o estranhamento, porém, de outra, induz a inafastável aceitação. Essas reflexões desembocaram num processo denominado especificação de sujeitos que foi acolhido na Organização das Nações Unidas – ONU, inspirando numerosos documentos prescritivos de proteção de minorias, como, por exemplo, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965.

Essa evolução, todavia, esbarra num óbice relevante constituído pelo processo de homogeneização cultural desencadeado pela globalização e, nesse sentido, merece destaque a densa trincheira intelectual erigida por estudos contra hegemônicos, como os do filósofo português Boaventura de Sousa Santos (1997, p 11-32) que afirma que, tanto o localismo se projeta no globalismo, quanto o globalismo se projeta no localismo. É particularmente instigante a constatação de Boaventura de que não existe um fenômeno que seja *a priori* global ou, nas palavras do autor, “...*não existe condição global para a qual não consigamos encontrar uma raiz local, uma imersão cultural específica.*” E, a justificar o motivo pelo qual as pesquisas não partem da localização o que, na sua avaliação, seria epistemologicamente mais adequado, lança um libelo contra hegemônico ao atribuir a adoção da perspectiva da globalização ao fato de “...*o discurso científico hegemônico tender a privilegiar a história do mundo na versão dos vencedores*”.

Tendo sempre presente a precaução de manter abertas as sendas a outras fontes, abolindo o monopólio cultural eurocentrado, merece ser destacado, todavia, que é usual atribuir-se ao segundo pós guerra, sempre com referência às inegáveis atrocidades perpetradas por regimes totalitários nazi-fascistas, o ponto de partida do maior protagonismo dos direitos humanos como reação aqueles genocídios — mais uma vez a Europa como centro irradiador das virtuosas de viés humanitário. O que nem sempre se registra é que se trata de uma reação a algo nada meritório: as atrocidades gestadas e perpetradas nessa mesma Europa. Também é raro algum registro das atrocidades anteriores perpetradas pelo regime stalinista que, com seus expurgos, dizimou multidões acusadas da prática de crimes de opinião. Essas circunstâncias não escaparam à observação de Boaventura de Sousa Santos (1997, p 11-32):

De facto, durante muitos anos, após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram parte integrante da política da guerra fria, e como tal considerados pela esquerda. Duplos critérios na avaliação das violações dos direitos humanos, complacência para com ditadores amigos, defesa dos sacrifícios dos direitos humanos em nome do desenvolvimento — tudo isso tornou os direitos humanos suspeitos enquanto guião emancipatório.

Sob a perspectiva ocidental, tendo por balizamentos o Estado Moderno e o constitucionalismo, é razoável pensar nas bases do atual “direito dos direitos humanos” como assentadas nas denominadas declarações de direitos: a da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948.

Para a primeira dessas declarações, a da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, reivindica-se a primazia de se falar em prerrogativas ali denominadas autoevidentes:

Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”.

A historiadora norte-americana Lynn Hunt (2009, p. 18), ao comentar o tópico acima, indaga acerca dos motivos de se precisar declarar algo que é denominado autoevidente. É possível que a justificativa da tautologia se deva à distância que há entre a retórica e a prática, entre intenção e o gesto, o que já está patente na gênese da declaração, pois, afinal, o seu autor era escravocrata. Essa contradição se converte em permanência instaurando um atavismo tão bem captado pela arte de Chico Buarque¹⁹, em parceria com Ruy Guerra, que induz à tentação de concordar com Hobbes acerca da índole humana:

Meu coração tem um sereno jeito/
E as minhas mãos o golpe duro e presto/
De tal maneira que, depois de feito/
Desencontrado, eu mesmo me contesto/
Se trago as mãos distantes do meu peito/
É que há distância entre intenção e gesto.

Lynn Hunt (2009, p. 24-25) sugere uma explicação para superar a dificuldade na definição dos nebulosos contornos semânticos dessa autoevidência:

A reivindicação da autoevidência se baseia num apelo emocional: ela é convincente se ressoa dentro de cada indivíduo. Além disso, temos muita certeza de que um direito humano está em questão quando nos sentimos horrorizados pela sua violação.

É de se destacar o caráter focal da Declaração norte-americana — senão no conteúdo, certamente quanto aos destinatários para os quais foi pensada. Entretanto, não se pode negar que tenha projetado influências na declaração francesa que a sucederia, o que pode ser atestado pelas estreitas relações que o marquês de Lafayette, um dos redatores da Declaração de 1789, mantinha com Jefferson e, sobretudo, pela afinidade temática e ideológica entre as duas declarações.

Credita-se à “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, a primazia da positivação da universalidade inerente aos direitos à liberdade e à dignidade humana. Se não se pode negar que a declaração norte-americana e até mesmo a anterior declaração dos

¹⁹ HOLANDA, Francisco Buarque de e GUERRA, Ruy. *Fado tropical*.

ingleses eram dotadas de um maior grau de concretude, também é forçoso convir terem menor abrangência, na medida em que se destinavam a algumas colônias que se tornavam independentes ou aos barões feudais, enquanto a declaração francesa tinha por destinatário o gênero humano.

A estruturação do catálogo continente dos direitos humanos é processual. Bobbio (1992) afirma que esse desenvolvimento se processa em duas direções: na direção da universalização e na direção da multiplicação.

Para as finalidades aqui colimadas, a vertente da multiplicação de direitos tem maior relevância. Assim, nessa dinâmica multiplicativa observam-se três forças atuantes: no sentido de se incluírem novos bens merecedores de proteção por parte do Estado; no sentido de se estender essa proteção a outros sujeitos além do homem; e no sentido de se adotar uma nova perspectiva de proteção, não mais ao homem abstratamente considerado, mas levando em conta sua especificidade, a forma peculiar com que se apresenta na sociedade: mulher, criança, velho, doente, etc

A primeira dimensão da vertente de multiplicação de direitos tem sido definida como a “passagem” dos direitos de liberdade para os direitos sociais. Nesse sentido, Bobbio (1992, p.72) afirma:

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade — das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc — para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

No atual estágio destes estudos, não mais se pode conceber a ideia de passagem que pode suscitar algum entendimento de superação, de substituição, quando a posição mais consentânea com a centralidade da dignidade da pessoa humana é expressa pela ideia de cumulação. Afinal, não seria razoável que para adquirir direitos sociais a pessoa humana se demitisse dos direitos civis.

O jurista checo naturalizado francês Karel Vasak cunhou, em 1979, a expressão "gerações de direitos do homem", numa alusão ao dístico da revolução francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”. Percebe-se um alinhamento entre a teoria das gerações de direito e a ideia de passagem descrita por Bobbio.

Lima (2003) sintetiza num quadro a teoria das gerações de direito, já contemplando uma 4ª geração, citada por Bonavides (2007, p. 570):

1ª Geração	2ª Geração	3ª Geração	4ª Geração
Liberdade	Igualdade	Fraternidade	Democracia (direta)
Direitos negativos (não agir)	Direitos a prestações		
Direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial	Direitos sociais, econômicos e culturais	Direito ao desenvolvimento, ao meio-ambiente sadio, direito à paz	Direito à informação, à democracia direta e ao pluralismo
Direitos individuais	Direitos de uma coletividade	Direitos de toda a Humanidade	
Estado Liberal	Estado social e Estado democrático e social		

Os direitos de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos e referem-se, fundamentalmente, às relações entre o indivíduo e o Estado, sob a perspectiva de existe um espaço circunscrito ao indivíduo em que é vedada qualquer intervenção, cabendo ao Estado não intervir e nem permitir que se intervenha. Trata-se da espécie do gênero direitos fundamentais menos problemática, na medida em que não se concebe hoje país ocidental que tenha Constituição e que nela não figure expressamente a defesa desses direitos.

Já os direitos de segunda geração, os direitos sociais, compreendem a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, e outros que o desenvolvimento da sociedade venha a considerar relevantes— afinal, pensar num catálogo acabado e exaustivo de direitos significaria limitar o desenvolvimento da pessoa humana pelo cerceamento no acesso a bens advindos do progresso material, intelectual e artístico da humanidade. Todavia, são os direitos que maiores problemas têm causado sob o ponto de vista de suas garantias por envolverem prestações materiais por parte dos Estados, conquanto os direitos de primeira geração, ao contrário do que boa parte da doutrina ensina, também requeiram gastos estatais — afinal, não se pode pensar no Estado defendendo as liberdades individuais sem que, para isso, despenda recursos públicos.

Assim, para que o Estado garanta o exercício do direito social à saúde, preocupação deste estudo, precisa dispor de recursos orçamentários e financeiros. E é nesse ponto que surgem os diversos óbices. De um lado, a hoje óbvia necessidade de que o gasto público seja organizado na forma de um orçamento público que registre a previsão de receitas e a fixação das despesas

e a imposição constitucional de atendimento universal; de outro, a obviedade de que ninguém — sequer o Estado — poder ser obrigado ao que é impossível, aqui, vista pelo ângulo da possibilidade orçamentária num quadro de recursos finitos e necessidades que tendem ao infinito. Acresça-se a tudo isso a vicissitude de que as evidentes limitações orçamentárias citadas servem, com frequência, para mascarar o mau uso de recursos públicos, criando-se limitações artificiais decorrentes de alocações orçamentárias para rubricas de menor relevo social, como propaganda oficial do governo, festividades, viagens, etc. É o caso, por exemplo, ocorrido na cidade do Rio de Janeiro onde recursos vultosos foram aplicados na obra da cidade da música, enquanto doentes são atendidos em macas nos corredores porque não há vagas nos hospitais. Em boa parte das situações, a escassez alegada decorre de erro na atribuição da prioridade e não da impossibilidade orçamentária.

Enquanto os direitos de primeira geração identificam-se com a liberdade, os de segunda geração vinculam-se à igualdade, complexa tensão²⁰ cuja administração tem se revelado desafiadora no contexto das democracias representativas ocidentais.

Os direitos de terceira geração ganham sentido quando se observa um mundo polarizado entre nações que tanto têm que desperdiçam e destroem e outras onde as condições de vida de enormes contingentes populacionais conspiram contra a dignidade de representante do gênero humano de que também são dotados. Pelo menos cinco direitos desse *status* já foram identificados: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Transcendem à proteção dos interesses individuais, de grupos e de Estados — têm por objeto a proteção do gênero humano.

A quarta geração de direitos guarda íntima relação com os interesses do mundo periférico. Nesse status de direito, incluem-se o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Em que pese a evidência de que o neoliberalismo, pela via da globalização, ao incensar os grandes conglomerados transnacionais a centros irradiadores do poder, estiola as fronteiras dos Estados nacionais, a teoria dos direitos fundamentais, disseminada

²⁰ Uma abordagem dessa tensão foi definida pelo Prof Marcelo Jasmin como “dilema toquevilliano” que se constitui da contraposição entre um diagnóstico “científico” da sociedade moderna, “que retrata as disposições que tendem a inviabilizar a liberdade política nas condições sociais igualitárias” e uma necessidade ético-política de “afirmar a exequibilidade desta mesma liberdade no contexto de destruição da participação política e da cidadania que decorre do desenvolvimento daquelas disposições”. Assim, a justaposição dos dois níveis viabilizaria o projeto da nova ciência política: “esclarecer a vontade política para a realização de seus fins no mundo opaco das determinações” (Jasmin, 2005, p. 39-40). JASMIN, M. G. *Aléxis de Tocqueville: a historiografia como ciência da política*. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

pelos caminhos da informação instantânea característica do processo globalizante, poderá induzir a dimensão virtuosa da globalização. Nesse sentido, Bonavides (2007, p. 571):

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.

Pelo menos dois aspectos dos direitos de quarta geração merecem destaque. A referência é aos direitos ao pluralismo e à democracia. No que concerne ao pluralismo, torna-se cada vez mais necessária sua reafirmação, pois a discriminação nas tantas formas pelas quais se manifesta, parece se tratar de uma permanência na história da humanidade com constantes reflexos. Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 193) resumiu com precisão o pluralismo, ao defender o direito à diferença: *Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*. Já acerca do direito à democracia, Bonavides (2007, p. 571) pontua:

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema.

O autor parece ter razão ao afastar a ideia da inviabilidade prática da democracia direta, participativa, diante do aparato tecnológico que o Estado ostenta. O eficiente sistema orwelliano²¹ de arrecadação da Receita Federal do Brasil e o sistema das urnas eletrônicas são as manifestações práticas dessa possibilidade, confirmando a tese de Bonavides.

Portanto, a democracia defendida como direito de quarta geração deve, necessariamente, superar o estágio da democracia dita representativa atual que a tudo representa menos aos interesses dos representados.

O fenômeno não é recente. Faoro (1976, p.748) já o identificara:

O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu Estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestários, o que quer ele ? Ele oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternos e, como bom príncipe, dispensários de justiça e

²¹ A referência é a George Orwell, pseudônimo de Eric Blair, e a sua obra ficcional “1984” na qual prevê que um regime totalitário implantaria um sistema de vigia sobre o cidadão, monitorando todos os seus passos, inclusive no ambiente recôndito de sua casa.

proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. **A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou.** (sem negrito no original)

O tema mereceu a atenção do Prof. Paul Hirst (1992, p.30):

A noção dominante — a democracia representativa como democracia — serve de fato para legitimar o grande governo moderno e para livrá-lo de praticamente todo controle. A vitória eleitoral permite silenciar outras exigências ligadas à disputa política, à pressão pública e à obrigação de prestar contas; permite ao governo ignorar contestações à sua autoridade, as quais podem de fato ser necessárias para que ele se torne mais eficiente e fiscalizável.

Por fim, a mesma crítica que se faz à ideia de passagem aplica-se à de gerações de direitos, pelo menos ao se adotar o sentido evolucionista de geração, implicando descartes sucessivos dos precedentes.

Na mesma direção, porém de uma perspectiva heurística diferente, o sociólogo inglês Thomas Humphrey Marshall propõe uma cronologia de fruição de direitos, partindo da sociedade inglesa, tida por paradigma. Essa seqüência temporal indica que as conquistas devam partir dos direitos civis, seguindo-se-lhes os direitos políticos e, apenas após a conquista dos dois primeiros, a apropriação dos direitos sociais. Essa seqüência cronológica, por ter marcado as transformações normativas na Inglaterra moderna, foi erigida à condição de “*benchmarking*” na sociologia política.

A linearidade é, de certa forma, disseminada e dominante na abordagem da dessa temática de interesse direto para a evolução da cidadania. A perspectiva de Marshall se erigiu à condição de referência para se aferir o *status* de modernidade de outras sociedades que, na medida de sua conformação àquele padrão, são denominadas de “centro” ou de “periferia” da modernidade.

O esquema de Marshall comporta, entretanto, críticas fundadas como sintetiza Tavolaro (2008, p. 125):

Para iniciar, o esquema conceitual de Marshall já foi acusado de negligenciar assimetrias de gênero: conforme Fraser e Gordon, por exemplo, tanto sua periodização quanto sua diferenciação conceitual pressupõe, em vez de problematizar, hierarquias de gênero que, via de regra, obstaculizam a universalização plena da cidadania.

Critica-se Marshall também por seu silêncio diante do conflito étnico-racial e por tomar a condição dos “‘cidadãos brancos’ como referência na definição da cidadania moderna...

Coloca-se que a caracterização de Marshall também não dá

conta das experiências socialistas, em que alguns dos mais importantes direitos sociais foram implementados ainda que em detrimento de direitos civis e políticos, e a despeito de terem desencadeado novas formas de hierarquia e de desigualdade.

Ainda Tavolaro (2008, p. 125):

...uma rígida periodização teria impedido Marshall de perceber que, dependendo da localidade e de seu correspondente padrão de participação, a implementação e a institucionalização de direitos civis, políticos e sociais acabaram tendo seqüências bastante singulares. Em alguns casos, por exemplo, ao invés da implementação ter seguido a linearidade sugerida, os três diferentes tipos de direito se institucionalizaram de maneira imbricada na esteira de lutas em torno da legislação trabalhista.

Como bem acentua Tavolaro (2008, p. 129), não se trata de abandonar o modelo da Marshall e, sim, de ampliar a sua *episteme* por meio da qual a sociologia clássica interpreta a sociabilidade moderna. Como se verifica no quando a seguir (Tavolaro, 2008, p.129), a gama de variações da ordem de implementação de cidadania não é uniforme sequer nas sociedades ditas centrais:

DIREITOS SOCIAIS		DIREITOS POLÍTICOS		DIREITOS CIVIS	
+	-	+	-	+	-
Inglaterra Pré-Thatcher	Estados Unidos Era Reagan	Estados Unidos séc XX	URSS	Estados Unidos século XX	URSS
Leste Europeu socialista	Inglaterra Era Thatcher	Brasil pós- 1988	Brasil – Era Vargas	Alemanha Pós-II GM	Leste Europeu socialista
França pós-II GM	Rússia pós- 1989	França pós-II GM	Brasil 1964- 1985	Brasil pós- 1985	Brasil – Era Vargas
Brasil – Era Vargas	Brasil nos anos 1990	Alemanha pós- II GM	Leste europeu socialista	Inglaterra século XX	Brasil 1964- 1985
Estados Unidos Era Roosevelt		Inglaterra séc XX	Alemanha Nazista	França pós- II GM	
Alemanha pós- II GM		Rússia pós- 1989	Espanha Franquista		

Como é próprio das esquematizações, a síntese que lhes é inerente pode induzir polarizações reducionistas que nem sempre traduzem a extensão e profundidade dos fenômenos. Assim, no quadro acima, é correta a atribuição do sinal “-” aos direitos sociais na Rússia pós-1989, expressando que, de fato, os influxos da globalização neoliberal ali se fizeram presentes atrofiando os direitos sociais; entretanto, a atribuição do sinal “+” aos direitos políticos para aquela mesma Rússia (pós-1989) deve ser vista com ressalvas, pois o regime que lá se implantou carrega muitos ranços do regime anterior, com algumas permanências como a perseguição política, num ambiente de democracia meramente formal — o que não significa dizer que o regime atual seja idêntico ao anterior.

Um aspecto relevante acerca da crítica ao modelo de Marshall é à adoção de uma linearidade rígida na implementação dos direitos. Quando se pensa, por exemplo, na cronologia de implementação de direitos, os sociais colocados no termo final dessa trajetória, a remissão à época do chamado milagre brasileiro, na década de 70 do século passado, em que se propagava a ideia de “primeiro fazer crescer o bolo para depois dividi-lo” que, apesar de tardiamente, foi derrotada, ao ser colocada *vis-à-vis* com a máxima de Herbert José de Souza, o Betinho, “quem tem fome tem pressa”.

A segunda perspectiva de multiplicação de direitos corresponde à extensão de direitos a outros sujeitos distintos do homem considerados isoladamente no sentido de se estender essa proteção a outros sujeitos além do homem. Assim, os direitos da entidade familiar, das minorias étnicas e religiosas.

Esta dimensão de multiplicação de direitos adquire especial relevo no prestígio da dignidade da pessoa humana, notadamente das minorias diante do despotismo das majorias. Nesse ponto, é sempre útil lembrar Bovard (1994): “*A democracia deve ser muito mais do que dois lobos e uma ovelha votando sobre o que farão para o jantar*”. Essa perspectiva é particularmente edificante quando se pensa em lutas célebres de minorias como a dos negros pelos direitos civis nos Estados Unidos, dos gays e lésbicas na Revolta de Stonewall²² e, sempre, as que envolvem as relações de gênero.

²² O nome da revolta deriva do bar homônimo situado em Nova Iorque que, em 1969, foi palco de um enfrentamento entre gays e lésbicas com a polícia que sempre ali aparecia para extorquir os frequentadores. A luta estendeu-se por vários dias, cada dia aglomerando mais revoltosos, sendo divulgada por todos os Estados Unidos, o que desencadeou protestos por todo o país e também por outros países do mundo. Esse episódio é a gênese do movimento social denominado “Orgulho Gay”, derivado do dia em que homossexuais saíram do gueto e foram para as ruas reivindicar direitos.

Por fim, a última dimensão detectada por Bobbio (1992) nesse processo multiplicativo é a que concerne à extensão de proteção ao homem individualmente considerado em suas peculiaridades, tomado na heterogeneidade de status sociais pelos quais se manifesta.

Refere-se aqui, por exemplo, às peculiaridades do sexo e da idade quando se observa que as mulheres precisam de proteção específica em determinadas situações; quando se verifica que os idosos apresentam debilidades que os fragilizam em relação ao universo das pessoas; que as crianças necessitam cuidados especiais e, por isso, é indispensável que se lhes dediquem estatutos específicos de proteção. Assim, no ordenamento jurídico, pode-se destacar a Lei nº 8.069/90 (o “Estatuto da Criança e do Adolescente”), Lei nº 10.741/2003 (o “Estatuto do Idoso”), a Lei nº 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”).

Assim, pode-se concluir que os direitos humanos, do homem ou fundamentais não constituem um catálogo pronto. Não existe um rol exaustivo, dado que a própria tecnologia pode gerar, por exemplo, novas práticas médicas que devem se estender a todos numa dimensão universalista de direitos. Todavia, não parece correta a afirmação de que se trata de um processo dialético na acepção clássica do termo – em termos filosóficos mais rigorosas coerentes com a teoria dialética e com a natureza mesma dos direitos afigura-se mais adequado à natureza do processo de multiplicação de direitos pensá-lo como um processo evolutivo de matriz bergsoniana.²³ Entender o processo de multiplicação como dialético clássico ensejaria uma aproximação com a teoria das gerações, o que implica sucessivas superações quando o que se pretende é um processo cumulativo de direitos.

Aqui se retorna à idéia da fundamentalidade dos direitos sociais. Não se vislumbra qualquer contradição entre a negativa de qualquer distinção ontológica entre direitos humanos, direitos do homem ou direitos fundamentais e o retorno ao tema, aparentemente adotando-se a “categoria” direitos fundamentais. Tem se admitido como critério para especificação da “categoria” direitos fundamentais o requisito de serem reconhecidos pelas autoridades e positivados nas constituições, o que, como já se afirmou à exaustão, não integra a essência dos direitos — afinal, o fato de estar ou não previsto em textos constitucionais é mera questão de administração de episódicas maiorias parlamentares, ainda que qualificadas, o que responde muito mais a um critério de representação de interesses do que a um requisito de natureza ontológica.

²³Henri Bergson, filósofo francês (1859-1941). Opondo-se ao cartesianismo, não contrapõe ao racionalismo o subjetivismo, apresentando uma visão nova da dialética e da vida, propondo um novo paradigma baseado na consciência, adquirida pela cultura de seu tempo, das conexões entre a vida orgânica e a vida social e psíquica. Para a perspectiva aqui defendida interessa a afirmação de Bergson de que a novidade não é totalizadora — afinal, há necessariamente “elementos que preexistem e sobrevivem a sua organização” – Bergson (2005. p. 240)

Entretanto, sob o ponto de vista da práxis de implementação de direitos, o fato de um direito ser ou não considerado pelo ordenamento jurídico como fundamental tem inegável relevância.

Assim, essa fundamentalidade dos direitos sociais se manifesta em duas vertentes, formal e material. Do ponto de vista formal, menos ligado à essência desses direitos, mas, sob o ponto de vista imediato, de perceptível interesse prático, destacam-se:

- a. as normas que definem direitos fundamentais estão erigidas à condição de cláusulas pétreas, o que significa dizer que são insusceptíveis de emendas que visem a suprimi-los²⁴;
- b. as normas que traduzem direitos fundamentais têm aplicação imediata. Importa destacar que o legislador constituinte, antevendo possíveis reflexos reformistas de inspiração conservadora e, ainda, compreendendo o caráter processual e dinâmico do catálogo de direitos, teve a precaução de não tornar o Art. 5º da Constituição uma relação exaustiva de direitos²⁵.

Da perspectiva material, derivada já da substância dos direitos sociais, verifica-se que há uma identificação do conteúdo desses direitos com os valores albergados na Constituição, especificamente com axiologia expendida no Título I da Carta Magna. Afinal, se, de acordo com aquelas previsões, a República Brasileira tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e a cidadania²⁶, resulta clara a exigência de uma sinergia entre aqueles valores e o conteúdo dos direitos sociais.

Aspecto seminal para o estudo dos direitos sociais é a dignidade da pessoa humana. Merece destaque que, não por acaso, os fundamentos sobre os quais se erige o Estado

²⁴ CFRB/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

²⁵ CFRB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁶ CFRB/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

brasileiro, definidos logo no Art. 1º da Constituição, conferem destaque à dignidade da pessoa humana. Logo, trata-se de um sobre-princípio — antes e além de ser um princípio, é um fundamento. Assim, nessa condição, dignidade da pessoa humana e cidadania, dois destes sobre-princípios, são premissas da essência da República Brasileira e, como tais, balizadores supremos de toda a hermenêutica constitucional. São diretivas que tornam o Estado funcionalizado ao indivíduo já que é este a razão de ser da entidade estatal. Nessa direção. GAMA & CIDAD (2008, p.25):

A dignidade é valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral. Não há dúvida de que todos os interesses têm como centro a pessoa humana, a qual é foco principal de qualquer política pública ou pensamento, sendo imperioso harmonizar a dignidade da pessoa humana ao desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, do progresso científico e tecnológico, porquanto este deve tender sempre a aprimorar e melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas humanas, e não o inverso. Com base no pensamento de Immanuel Kant, nos termos do princípio da dignidade da pessoa humana, ‘um indivíduo nunca deve ser pensado como um meio, sempre como um fim’.

Por essa perspectiva, mediante a qual se atribui ao indivíduo o protagonismo da ação estatal, significa que, por um lado, acolhe-se preceito constitucional de que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido, o que se faz pelo sufrágio universal, mediante a apuração das maiorias e, de outro, se preserva os direitos das minorias, garantido-as contra eventuais despotismos majoritários decorrentes de episódicas maiorias parlamentares.

2.2 – Formas de institucionalização do poder. O Constitucionalismo. Conciliação entre protagonismo da Constituição e permeabilidade heurística.

A ideia do primado da Constituição, erigida ao status de norma fundamental do Estado, aparece com o advento dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa, no século XIX. A Constituição surge como mecanismo limitador dos poderes do Estado — enfim, uma reação aos poderes do monarca, limitando-os em relação ao indivíduo.

Todavia, o papel da Constituição vem, ao longo dos tempos, sendo potencializado e ampliado: de mero elemento limitador dos poderes do monarca ou do Estado, passando pela organização dos diversos órgãos constitutivos do Estado, chegando à edição de normas programáticas de políticas públicas, demandando, por fim, ao neoconstitucionalismo que, para além do caráter meramente programático, preceitua um aspecto promocional destas políticas.

Nesse sentido, Barroso (2002, p. 47) apresenta uma síntese comparativa entre o constitucionalismo e outras linhas de ação possíveis:

O constitucionalismo tem se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Nada parecido com o fim da história, porque valorizar e prestigiar a Constituição não suprime a questão política de definir o que vai dentro dela. Mas o fato é que as outras vias de institucionalização do poder praticadas ao longo do tempo não se provaram mais atraentes". Vejam-se algumas outras propostas que tiveram relevância ao longo do século. O marxismo-leninismo colocava no centro do sistema, não a Constituição, mas o Partido. Os militarismo anti-comunista gravitava em torno das Forças Armadas. O fundamentalismo islâmico tem como peça central o Corão. Nenhuma dessas propostas foi mais bem sucedida.

Entretanto, o protagonismo da constituição na regulação das relações jurídicas não é tão linear como a exposição anterior pode sugerir. As atrocidades cometidas pelo nazismo e por outros regimes totalitários como o stalinismo, pelo regime cubano e por regimes totalitários, militares ou não, que disseminaram a ideia de um ser humano descartável, traduzida por Hannah Arendt como “a banalização do mal”, foram decisivas para que se inserissem nas constituições direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas.

Ocorre que a inclusão de uma vedação ao poder de reformar a constituição induz uma tensão entre constitucionalismo e democracia. Trata-se da contradição interna: afinal, se a democracia é o governo do povo, por que não pode este povo, por intermédio de seus representantes, deliberar sobre a conveniência e a oportunidade de alterar o que bem lhe aprouver na ordem jurídica? Objeta-se que a inserção de vedações à alteração constitucional tem por fim proteger os direitos e garantias individuais de episódicas maiorias eleitorais conjunturais que possam contra eles conspirar. Trata-se, em síntese, de pensar esta tensão em termos de privilegiar a vontade das maiorias e cercear-lhes o despotismo. Significa pensar nestes dois termos como valores mais sinérgicos e complementares do que antagônicos.

Ainda assim, a promoção de determinadas normas ao patamar da perenidade suscita outros problemas, a saber, um de ordem geracional e outro de natureza exegética.

No que concerne ao aspecto geracional, este se manifesta pela circunstância de que as normas tornadas perenes implicam uma deliberação impositiva de uma geração sobre outras, dado que normas votadas por uma geração se apresentam como compulsórias a outra geração. Trata-se de situação já percebida por Thomas Jefferson no século XVIII que afirmava ser “o governo dos mortos sobre os vivos”.

A segunda ordem de problemas refere-se à possibilidade de uma lei ser declarada inconstitucional por um órgão, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, cujos integrantes não passaram pelo crivo do voto popular. Assim, uma norma que inova a ordem jurídica após passar pela votação e sanção dos poderes legislativo e executivo sempre se sujeita a que um órgão destituído de mandato popular lhe exclua desse mesmo ordenamento jurídico. Essa circunstância poderia se constituir em obstáculo intransponível, não fosse a relevante peculiaridade de que este poder de excluir do ordenamento jurídico norma considerada inconstitucional foi atribuído ao Judiciário pelo próprio legislativo, pela via do Poder Constituinte Originário.

2.3 Modernidade tardia do Estado brasileiro. Permanências. Padrão diferenciado da aquisição de direitos. A ideologia da outorga. A cidadania regulada. Síntese histórica da evolução do direito à assistência em saúde no Brasil.

Como já se mencionou, há razoável consenso de que os componentes território, impessoalidade, caracterizada pela separação entre o Estado e a pessoa do governante, monopólio da violência legítima e da tributação, configuram o Estado Moderno.

Merece ser destacado que a separação entre a instituição estatal e a pessoa do governante que, em nome do Estado, exerce o poder é tarefa de difícil implementação a merecer contínua vigilância devido a recorrente tendência de confusão entre ente estatal e a pessoa que exerce o governo — provavelmente um componente comportamental atávico. Holanda (1995, p. 145-146) capta essa permanência na cultura política brasileira:

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.

As observações acima não perderam em atualidade na realidade brasileira, como se pode verificar, por exemplo, na ferrenha resistência no combate ao nepotismo, inclusive no judiciário. Nesse sentido, surge como espontânea a associação entre a defesa do nepotismo com um apreço a uma forma atrasada de pensar o Estado.

De outra vertente, também o monopólio da violência legítima e da tributação são outros elementos estruturais do Estado que, no Brasil, não se pode dizer que estejam plenamente estabelecidos. Os recorrentes justicamentos, efetuados por marginais em morros no Rio de

Janeiro, que estabeleceram tribunais paralelos em que há um processo sumário e culmina com a execução por métodos especialmente cruéis como o “forno microondas”, é um exemplo que, pela sua recorrência, permite afirmar que a modernidade do Estado aqui ainda está por se consolidar.

A forma como esses componentes da estrutura estatal se definem tem implicações diretas no relacionamento entre a sociedade e o Estado e, por extensão, repercutem na vida do cidadão²⁷, balizando a cidadania, que se expressa pelo exercício de direitos.

Para os limites desse estudo, é suficiente analisar duas formas como o Estado se relaciona com a sociedade civil, a saber, o Estado liberal e o Estado social.

O Estado liberal, resultante das revoluções burguesas do século XVIII e XIX, apresenta-se como pouco intervencionista na ordem econômica, privilegiando as funções de segurança pública, assecuratórias dos direitos de liberdade, entre os quais avultava o direito à propriedade. Ao Estado não competia intervir no domínio econômico, exceto para explorar focalizadas atividades de interesse público que não despertassem interesse da iniciativa privada por não apresentarem a lucratividade esperada. Assim, embora fosse um Estado que privilegiasse a liberdade individual, esta, para a maioria da população, tinha significado meramente formal, pois as pessoas não dispunham da base material para uma vida digna.

Como resultado de tensões sociais, o Estado liberal evoluiu para o Estado social que ampliou a atuação estatal e passou de uma posição de mero garantidor de liberdades formais para um Estado promotor da igualdade, o que é implementado por uma política econômica de criação de empregos aliada a políticas sociais. É nesse quadro político que emergem a Constituição do México de 1917, a Russa de 1917, a de Weimar de 1919. No Brasil, a primeira Constituição a institucionalizar a ordem econômica e social é a de 1934.

Todavia, é de se ressaltar que, àquela época, falar em direitos sociais significava falar em direitos trabalhistas, dimensão reduzida se comparada ao amplo espectro de direitos sociais hoje reconhecidos às pessoas e que sequer representam um catálogo acabado, pois, à medida que a sociedade evolui, novos direitos são requeridos

Um dos estudos mais prestigiados nesse campo é o de José Murilo de Carvalho no clássico *“Cidadania no Brasil: o longo caminho”*, no qual, identificado com a seqüência de Marshall, Murilo de Carvalho conclui pela ausência de padrão na evolução do Brasil, o que faria com que o Brasil houvesse suprimido etapas essenciais na sua evolução rumo à modernidade. No tópico abaixo (CARVALHO, 2004, p.11-12), pode se verificar:

²⁷ A palavra “cidadão” nesse trabalho sempre desconsidera a idéia prevalente em determinados setores jurídicos e até em textos legais que restringe o cidadão ao eleitor, viés reducionista deletério ao exercício da cidadania.

Para dizer logo, houve no Brasil pelo menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na seqüência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros. Como havia lógica na seqüência inglesa, uma alteração dessa lógica afeta a natureza da cidadania.

A linearidade de aquisição de direitos, defendida por José Murilo de Carvalho, não foi verificada no Brasil, sendo comum mencionar-se que a outorga prematura dos direitos sociais quebrou o padrão tido como caminho seguro para a consolidação da cidadania. Aqui, uma certa forma de pensar, denominada ideologia da outorga, atribui com exclusividade ao governo a elaboração do arcabouço da legislação social trabalhista. Nesse sentido argumenta, Gomes (1979, p. 45):

Particularmente no que se refere à literatura relacionada ao processo de implantação da legislação social no Brasil tal perspectiva emerge de forma clara nas interpretações que consideram tal legislação como uma doação do governo aos trabalhadores e que se articulam a uma visão antecipatória da atuação do Estado, adiantando-se ao real aparecimento da questão e assim prevenindo-a e colocando-a sob controle.

Gomes (1979, p.46), opõe-se à ideologia da outorga, inserindo na origem dessa legislação a influência das classes subalternas:

Desta forma, esquece-se que tal doação mantém estreitas relações com reivindicações da classe operária e que, na verdade, seria muito difícil que uma questão não levantada a nível da realidade social e, no caso, de forma conflitual, fosse antecipada a nível político.

Assim, a crítica ao caso do Brasil onde os direitos sociais implantados na era Vargas precederam aos direitos civis e aos políticos, deve ser atenuada diante das considerações acima.

Se, de fato, alguns direitos sociais foram aqui implantados antes de alguns direitos políticos, certamente não é a ausência do “padrão Marshall” que explica a débil efetividade dos direitos sociais no Brasil. Trata-se de problema de etiologia complexa, no qual se mesclam aspectos culturais do patrimonialismo brasileiro com as conhecidas deficiências participativas da democracia brasileira.

Um emblemático exemplo dos limites impostos ao exercício pleno da cidadania no Brasil, foi bem captado por Santos (1979, p. 74) ao cunhar o conceito de cidadania regulada:

[...] o conceito chave que permite entender a política econômico-social pós-30, assim como a passagem da esfera da acumulação para a esfera da equidade, é o conceito de *cidadania*, implícito na prática política do governo revolucionário, e que tal conceito poderia ser descrito como o de *cidadania regulada*. Por *cidadania regulada* entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal.

Assim, trata-se de uma cidadania condicionada a que a pessoa exerça uma profissão e mais: que seja uma profissão regulamentada, prevista num catálogo legal. Em tempos de precarização do emprego e mesmo de desemprego, configura um processo seletivo e excludente, potencializando o que Robert Castel denomina de crise da sociedade salarial.

A saúde no Brasil, se vista a partir do descobrimento, não exhibe grande performance. Os escritos especializados são pródigos em narrar as péssimas condições das embarcações: higiene e saúde precárias. Há quem atribua a esse episódio inicial o prenúncio do tratamento que a saúde receberia no Brasil.

Já na primeira tentativa de colonização, o que se fez pelo regime das Capitânicas Hereditárias, os primeiros problemas sanitários despontam: revelam-se as doenças tropicais, os nativos que não têm anti-corpos contraem diversas doenças trazidas pelos europeus e, junto a tudo isso, as doenças trazidas a partir da introdução dos escravos africanos.

A administração portuguesa, por intermédio do Conselho Ultramarino, decide criar os cargos de Físico-mor e Cirurgião-mor na tentativa de estabelecer um meio de cuidar da saúde da população.

A medida revela-se inócua, pois estes cargos mal remunerados e a serem exercidos na perigosa e distante terra do Brasil, não despertavam interesse na Metrópole. Em consequência, quando não permaneciam vagos, eram ocupados por profissionais desmotivados ou rejeitados pela comunidade científica da corte.

Ainda hoje essa situação se reproduz. São comuns anúncios em jornal recrutando médicos para rincões distantes do país a salários razoáveis. Todavia, nem sempre estas vagas são preenchidas, redundando na concentração desses profissionais nos grandes centros do Sudeste e do Sul. Por essa razão, existem no Brasil dezenas de municípios onde não há um médico sequer²⁸, a despeito de, segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS, o Brasil

²⁸ “Milko Matijascic, assessor técnico da Presidência do Ipea, mostrou dados da pesquisa do Ipea “Presença do Estado no Brasil”, publicada em dezembro de 2009, dando conta da necessidade de atendimento de um grande contingente da população, o que poderá ser feito por meio de parcerias entre Estado e instituições públicas não

apresentar uma relação médico/população adequada. Enquanto a OMS preconiza uma relação de pelo menos um médico para cada grupo de 1000 habitantes, no Brasil esta relação é de um médico para pouco mais de 600 habitantes — ou seja, quase o dobro do indicador atribuído pela OMS.

Voltando à breve síntese histórica da saúde no Brasil, pode-se identificar um marco no desenvolvimento da administração da colônia representado pela vinda Corte portuguesa para o Brasil em 1808. Foram fundadas a Inspetoria de Saúde dos Portos e as Academias Médico-cirúrgicas do Rio de Janeiro em 1813 e na Bahia em 1815, que vieram a se tornar as primeiras faculdades de Medicina no Brasil.

Em 1829, foi criada a Imperial Academia de Medicina, órgão consultivo do imperador para assuntos de saúde pública.

Todavia, a estrutura institucional e o regime de quarentena estabelecido para os que chegavam ao Brasil não resultaram em efeitos concretos sobre as doenças que mais afligiam a população: varíola, febre amarela, cólera, febre tifóide, e peste bubônica. Assim, os mais abastados procuravam tratamento na Europa, enquanto os pobres socorriam-se nas Santas Casas que se tornaram depósitos de doentes. Havia sempre o recurso a curandeiros e boticários...

E assim, a despeito do prestígio que o Imperador sempre concedeu às pesquisas científicas, o Brasil chega à República como um dos países mais insalubres do planeta.

A República tenta empreender um giro conceitual na prática médica, tentando sepultar de vez ideias empíricas a respeito da origem das doenças, como o pressuposto dominante de que derivariam de miasmas, “os ares corrompidos”. Empreende esforços para inculcar as novas ideias de cunho científico, trazidas da Europa, especialmente a da identificação do agente etiológico das doenças e como contra eles se prevenir e como combatê-lo.

Fundaram-se os Serviços Sanitários Estaduais que não foram eficazes, havendo novos surtos epidêmicos de varíola, febre amarela, e, enfim, das mesmas doenças que tantas vidas dizimaram no Império. Diante desse quadro, os sanitaristas Osvaldo Cruz e Emílio Ribas foram designados para elevados cargos na Administração Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo, respectivamente, com o propósito de estabelecerem estratégias para debelarem e prevenirem contra estes surtos. É necessário destacar que as medidas prescritas por estas

estatais. O assessor chamou atenção para o fato que há 428 municípios brasileiros sem médico ligado ao Sistema Único de Saúde (SUS), e 1.867 cidades sem atendimento de urgência. Muitas cidades sem escolas para o ensino médio e mais de 1.700 municípios sem Centros de Referência de Assistência Social (Cras).” Disponível em <http://desafios2.ipea.gov.br/sites/000/17/edicoes/59/pdfs/rd59not06.pdf>

estratégias tiveram o apoio das oligarquias do café, devido ao impacto dos surtos epidêmicos na força da trabalho empregada na cultura cafeeira.

Ao contrário do que sempre acontecia, o Estado assume, pela primeira vez, um viés intervencionista em diversos setores da sociedade, materializando uma Política de Saúde, em oposição à mera atuação durante os surtos das doenças. Essa política integra setores como educação, alimentação, habitação e trabalho e é denominada Política Social, conferindo destaque à melhoria das condições sanitárias de áreas vitais para a economia nacional, como as maiores cidades e os portos.

O ponto exponencial dessa política evidencia-se no governo de Rodrigues Alves (1902-1906) quando a capital da República passa por uma reforma urbanística e sanitária que visava apagar a má fama da cidade, conhecida no mundo como “matadouro de estrangeiros”. Comandaram as reformas o Prefeito Pereira Passos e o sanitarista Oswaldo Cruz.

Pereira Passos mandou demolir prédios antigos e decadentes do centro da cidade, que haviam se convertido em fétidos cortiços, dota a cidade de rede de água encanada, constrói largas avenidas, edifícios e praças sintonizadas com a modernidade arquitetônica europeia. Oswaldo Cruz determina a higienização da capital, estabelecendo um serviço de fiscalização das ruas e casas que abrigavam a população do centro carioca, visando eliminar focos de mosquitos e de ninhos de rato, conseguindo erradicar a peste bubônica e a febre amarela urbana. Alguns morros foram terraplanados com objetivo arquitetônico e também de melhorar a circulação de ar.

Entretanto, embora no Rio de Janeiro e em São Paulo a propagação das moléstias contagiosas ou parasitárias se mantivesse estável, no resto do país a situação era diversa: os índices mantinham-se elevados e com tendência crescente.

Em 1918, a gripe espanhola estende ao Brasil seus efeitos dizimando milhares de vidas. Em 1919, a Organização Internacional do Trabalho – OIT estabelece a universalização da Previdência Social que, no Brasil, se restringiu à edição da Lei de Acidentes do Trabalho que somente amparava o trabalhador urbano. Algum reflexo assistencial no meio rural só aparecia quando houvesse algum interesse nacional e estratégico, assim considerado do ponto de vista das oligarquias. É o caso, por exemplo, dos seringueiros que, em 1913, levou Oswaldo Cruz à região Norte.

Em 1923, foi promulgada a Lei Eloy Chaves que introduziu o seguro social no Brasil, de contribuição compulsória e já de um perspectiva atuarial relativamente rigorosa. Estabeleceu as Caixas de Aposentadoria — as CAP’s. Em 1926, os benefícios foram

estendidos aos marítimos e, em 1928, aos telegráficos e radiotelegráficos. Entretanto, a Lei Eloy Chaves tinha escopo previdenciário. No que concerne à saúde pública, os problemas eram tratados no nível local, não havendo uma institucionalização em nível federal.

Com a ascensão de Vargas ao poder, a assistência médica é ampliada atingindo muitos que até então não tinham cobertura alguma. A passagem do sistema de Caixas para o de Institutos foi um primeiro passo no sentido da universalização, pois a condição para o acesso passa de empregado de uma determinada sociedade empresária para a de integrante de categorias profissionais mais estruturadas e significativas no contexto nacional. Em 1940, foi criado o Serviço de Alimentação da Previdência Social – SAPS e, em 1944, o Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência - SAMDU que estendia seus benefícios a toda população previdenciária.

Os benefícios obtidos pelas diversas categorias pelos diferentes Institutos eram proporcionais à mobilização financeira que conseguiam o que implicava melhor articulação com o Estado, gerando uma diferenciação injusta. Se, de um lado, a criação dos Institutos implantou a equidade no interior da categoria, de outro, impedia a implantação de uma política redistributiva intercategorias, o que só viria a existir com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS.

Após a era Vargas, o movimento sindical forçou o governo a rever a legislação previdenciária que até então abrangia a assistência à saúde, o que ensejava conflitos entre os Ministérios da Saúde e da Previdência. Entre as várias consequências dessa alteração destacam-se:

- ampliação contínua da cobertura de tratamento de saúde para trabalhadores dependentes;
- majoração no valor dos salários e pensões pagas aos afastados temporariamente por doença;
- aumento no número de aposentadorias por tempo de serviço;
- aumento nos gastos do governo federal com saúde, que passaram de cerca de 5% a quase 50% do total arrecadado;
- queda na qualidade da assistência em saúde, decorrente da assunção desse encargo pela previdência;
- aparecimento de enormes filas nas portas dos hospitais, consultas realizadas às pressas sem que o médico pudesse fazer um exame mais detalhado, dificuldade na internação de pacientes mais graves, ocasionado a morte de muitos trabalhadores.

Esse quadro ensejou que a iniciativa privada pressionasse os Governos Federal e Municipal para restringir e interromper a construção de hospitais públicos, sob o argumento de que o Estado não devia prestar estes serviços diretamente e sim fazê-lo mediante doações e empréstimos a empresários que criariam uma rede de clínicas e hospitais.

A partir desses lobbies, foram editadas leis que deram o respaldo a que grupos privados fossem beneficiados com empréstimos federais que jamais foram pagos.

Como era previsível, essa política não teve êxito. O sistema privado passou a responder por cerca de 80 % dos atendimentos que antes eram feitos na rede pública, gerando um aumento nos gastos que de, um lado, fragilizava financeiramente o Governo e, de outro, não remunerava adequadamente estes profissionais credenciados.

Assim, além do terreno fértil à proliferação de fraudes, surge a figura do terceiro pagador que significa que o usuário recorre ao sistema, mas ignora como a despesa decorrente do seu atendimento será paga.

Em consequência da falência dessa política, em 1960, foi editada a Lei Orgânica da Previdência Social-LOPS (Lei nº 3.807/60). A principal alteração introduzida foi a uniformização da contribuição, definida em 8% sobre o salário para todas as categorias profissionais. Embora essa nova ordem jurídica tenha incorporado algumas inovações importantes como a inclusão generalizada de autônomos e incluído categorias antes desprotegidas como os empregados domésticos, ainda não seria com aquele desenho institucional que o exercício dos direitos sociais alcançaria maior efetividade no país. Ainda não se alcançara o equilíbrio financeiro nem, tampouco, a melhoria nos serviços oferecidos.

Em 1966, a LOPS foi profundamente alterada (DL nº 66/66 e DL 72/66). Foi criado o Instituto Nacional da Previdência Social – INPS que absorveu os seis grandes Institutos que até então existiam. A partir daí, os benefícios eram uniformes para todas as categorias profissionais e o acesso dependia ainda da existência de um vínculo contratual. Essa dimensão redistributiva do novo sistema, não levando em conta a expressão econômica da categoria profissional, gerou as esperadas insatisfações entre as categorias profissionais de maior expressão financeira, ocasionado as rotineiras pressões que levaram o governo a estimular os convênios-empresa.

Em 1988, duas inovações ampliaram o espectro crescentemente universalista da assistência à saúde: início da remuneração da rede conveniada pelo tratamento a pacientes não contribuintes e a descentralização de parte da prestação de serviços para Estados e municípios

com o correspondente aporte orçamentário/financeiro por intermédio de um programa que se denominou Ações Integradas de Saúde – AIS.

Ainda em 1988, verificou-se o advento de nova ordem constitucional que lançaria as bases de uma nova arquitetura estatal erigindo, pelo menos no plano axiológico e normativo, o Estado brasileiro à condição de um Estado social de direito.

A prescrição do absoluto prestígio à dignidade da pessoa humana e à cidadania, erigidas ao significativo status de fundamentos da República, conforme consta expressamente no texto constitucional, reflete na área da saúde, consignando, também de forma literal, na Carta Constitucional que “a saúde é direito de todos e dever do Estado²⁹”.

A própria Constituição já definia os contornos operacionais³⁰ para implementação do “direito de todos e dever do Estado” para que se atingissem a universalização e a assistência integral, indicando as fontes de custeio e lançando as bases de uma arquitetura institucional orgânica e sistêmica — o Sistema Único de Saúde.

Este é o Estado da arte na área de saúde no Brasil dependente de um sistema de administração tripartite (União, Estados e Municípios), um desenho institucional funcional, que contempla a oxigenação democrática de seu organismo, o que se dá por meio de Conselhos de Saúde. Todavia, a *práxis* destoa da normatividade, seja pela baixa destinação de recursos à área da saúde, pela má gestão dos recursos, pela inadequada formação das agendas decorrente, em parte, da existência de conselhos “chapas brancas” que escrevem as agendas.

2.4 – O fenômeno da judicialização e a conduta desviante do ativismo judicial.

A identificação desse fenômeno e seu estudo de forma mais sistemática parecem ter sido iniciados com a formulação de Tate e Vallinder (1995).

Como já se afirmou, o objeto imediato deste estudo é analisar a algumas das possibilidades da intervenção do judiciário como via de acesso residual para o acesso a medicamentos negados pelas instâncias ordinárias.

²⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁰ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Importante vetor nessa análise é a problemática do deficiente acesso à justiça³¹ que, no caso da sociedade brasileira, opera como catalisador negativo do exercício de direitos, entre eles o da saúde. Assim, a percepção dos limites impostos ao exercício do direito ao acesso a medicamentos é míope, eis que limitado por outra ineficiência estatal, o restrito acesso à justiça, restrição na qual se combinam o custo das taxas judiciais, a atrofia das defensorias públicas e o elevado custo dos honorários advocatícios. Portanto, a dimensão visível do fenômeno é apenas a ponta do iceberg, pois, houvesse uma situação de efetiva fruição do direito fundamental de acesso à Justiça, por certo, as demandas se apresentariam em sua real extensão e profundidade — ou seja, os tribunais estariam ainda mais congestionados. Para que se ilustre o deficiente acesso à justiça no Brasil é suficiente lembrar que os Estados de Santa Catarina e Goiás ainda estão implantando as suas defensorias públicas. Ou então, registrar que São Paulo, o Estado de economia mais pujante do país, a lei que cria a Defensoria é de 2006. Se for necessário demandar contra a União, o cidadão terá que se contentar com a ainda incipiente rede de defensorias públicas da União nos Estados, em boa parte deles só presente nas capitais.

O escrutínio das justificativas que os poderes executivos apresentam quando demandados em Juízo — majoritariamente inconsistentes — convergirá para uma proposta de um posicionamento no qual se defende uma mitigada posição substancialista, de modo a garantir atenção às pessoas compatível com as potencialidades de um Estado como o brasileiro que ostenta, de um lado, a condição de uma das maiores economias do planeta, o que é expresso por um dos maiores Produtos Internos Brutos – PIB, e uma das mais elevadas cargas tributárias do mundo *vis-à-vis* um dos maiores índices de desigualdade³² do planeta. A opção

³¹ Em síntese, pode se definir o acesso à justiça como sendo as condições que o Estado oferece ao cidadão que tem uma sua pretensão não atendida para que a submeta à análise deste mesmo Estado pela via do Judiciário. Trata-se de um direito fundamental cujo relevo se pode perceber na dicção de Mauro Cappelletti (1988, p.12): “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser considerado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”.

³² **Brasil tem o 3º pior índice de desigualdade do mundo**

Fonte: O GLOBO – 23/07/2010 Economia

ONU põe país empatado com Equador em concentração de renda

O Brasil tem o terceiro pior nível de desigualdade de renda do mundo, empatado com o Equador. A constatação é do primeiro relatório sobre desenvolvimento humano para América Latina e Caribe sobre distribuição de renda, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud). No Brasil, o Índice de Gini — que mede a desigualdade — é de 0,56. Quanto mais perto de 1, mais desigual é o país. O levantamento aponta dois outros grupos de países com situação mais grave: Bolívia, Camarões e Madagascar — empatados com 0,60 — e África do Sul, Haiti e Tailândia, todos com 0,59. Dos 15 países do mundo com maior concentração de renda, dez são da América Latina. Segundo a ONU, o baixo nível educacional é um dos fatores que mais dificultam a melhoria social na região.

pela posição substancialista deve ser entendida como provisória, enquanto as instâncias democráticas participativas, especificamente os conselhos, ainda incipientes, não assumem contornos mais consistentes, objetivo que, à medida que for atingido, deve ensejar o cumprimento, pelo Estado, da axiologia constitucional e até mesmo discutir se aqueles valores ainda representam a sociabilidade daquele momento, o que implicará já uma inflexão na direção mais virtuosa de um procedimentalismo factível dotado de instituições políticas oxigenadas pela efetiva participação popular.

A judicialização pode ser um valioso instrumento de garantia de direitos, desde que precedida de cuidados, aqui denominados pressupostos. O primeiro desses pressupostos é a centralidade da Constituição como tábua axiológica da sociedade. Sem qualquer pretensão dogmática, trata-se de crucial recorte metodológico, pois o alongamento da discussão acerca do papel da constituição na sociedade transcenderia aos limites desse trabalho.

Além desse pressuposto, outra circunstância não merecerá maiores aprofundamentos e será dada como fato notório — portanto, adotada como dado do problema, abdicando da demonstração como fato autoevidente que aqui assim se reputa. A referência é à deficiente assistência à saúde no Brasil, notadamente no que tange à observância dos princípios da universalidade e da integralidade de acesso aos diversos níveis de assistência. Trata-se, assim, de outro pressuposto.

Importa, ainda, destacar três precauções desejáveis na atuação do Judiciário merecedoras de destaque:

1. o judiciário só deve atuar se provocado, o que decorre do princípio da inércia do judiciário;
2. que a assistência pretendida seja reconhecida pela comunidade científica;
3. que o medicamento pleiteado tenha sido requerido ao sistema de saúde e negado³³.

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)

Renda - desigualdade - coeficiente de Gini

Periodicidade: Anual

Comentário: Mede o grau de desigualdade na distribuição da renda domiciliar per capita entre os indivíduos. Seu valor pode variar teoricamente desde 0, quando não há desigualdade (as rendas de todos os indivíduos têm o mesmo valor), até 1, quando a desigualdade é máxima (apenas um indivíduo detém toda a renda da sociedade e a renda de todos os outros indivíduos é nula). Série calculada a partir das respostas à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad/IBGE).

2005	2006	2007	2008	2009
0,569	0,563	0,556	0,548	0,543

As discrepâncias entre a reportagem e o dado do instituto, que parecem mais decorrente de desatualização da matéria jornalística, perdem relevo diante da óbvia constatação de que o Brasil ostenta um dos maiores índices de desigualdade de renda do planeta.

³³ É possível que se objete que, por disposição constitucional (Constituição Federal: Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;) a ninguém pode ser obstado o acesso

A justificativa para inércia se prende à própria razão de existência do Judiciário, qual seja a pacificação social. Sua atuação espontânea poderia incentivar conflitos, semeando a discórdia onde não existia ou abrigando e/ou superdimensionando demandas frívolas.

No que concerne ao reconhecimento pela comunidade científica, em princípio, se traduz no registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA³⁴, órgão que tem a incumbência legal de licenciar a comercialização de medicamentos no país. Todavia, inexistente serviço público insindicável. Assim, vale aqui também o retardo injustificado no registro requerido como omissão apreciável pelo Judiciário. Entretanto, a regra é que, em tese, não deve o Judiciário dar provimento a pedidos que tenham por objeto medicamentos não registrados na ANVISA.

A prática tem exposto uma das estratégias mais teratológicas de negação que é a que se manifesta de forma mais omissiva que comissiva no desprezo à pretensão: nem se nega formalmente, tampouco se dispensa o medicamento. Nesse sentido, Fontes (2002, p. 48):

Resistência é a não-sujeição à exigência de outrem. É o segundo elemento a qualificar o conflito para a conceituação da lide³⁵. **Não é entendido apenas como uma força positiva de alguém, pois também o comportamento passivo como a não-satisfação é suficiente para caracterizá-la.** (sem negrito no original)

A inobservância dessas precauções, da perspectiva desse estudo, pode conduzir ao indesejável ativismo judicial, dimensão anômala da judicialização. Barroso (2009) procede à distinção:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. **Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas**

ao Judiciário. Todavia, não existe direito absoluto e a leitura da Constituição deve ser sistemática. Assim, não se afigura razoável que o cidadão saia de uma consulta com uma receita e vá “aviá-la” num Fórum. Essa, sim, seria uma ingerência indevida do Judiciário no Executivo, o que estaria configurando uma ofensa à Constituição. Assim, que sejam observadas as condições da ação, em especial, o interesse de agir não por apego exacerbado ao formalismo e sim porque, de outra forma, haveria sim a indevida intervenção do judiciário em outro poder. Distinta é a situação de quem necessita de um medicamento urgente e esse lhe é negado direta ou subrepticiamente (o que é mais comum): a instância do executivo, não nega, tampouco dispensa o medicamento, o que configura a negativa por omissão.

³⁴ Lei nº 9.782/99: Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;

³⁵ No Direito, designa a demanda em que as partes em litígio procuram demonstrar e verdade ou a razão de seu direito.

sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (sem negrito no original)

A temática insere-se em uma dimensão maior e já tem sido objeto de estudos na Europa e nos Estados Unidos. Pode-se encontrar uma linha cronológica com base em Hannah Arendt (1971)³⁶, que sugere o momento histórico em que a questão social adquiriu relevância, passando pelos estudos eurocêntricos de Marshall sobre a evolução dos direitos em direção à cidadania, até aos estudos mais recentes de Mauro Capeletti (1999), Ronald Dworkin (2003 e 2005), Jurgen Habermas (1997) e Antoine Garapon (2001) que se bifurcam em duas teorias acerca da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais.

As duas correntes citadas são representadas pelas vertentes substancialista (Capeletti e Dworkin) e procedimentalista³⁷ (Habermas e Garapon) prescritivas, respectivamente, de um absoluto protagonismo da Constituição em relação ao cenário político e de uma mitigação

³⁶ Apud BODSTEIN, Regina Cele de A. *Cidadania e modernidade: emergência da questão social na agenda pública*. Cad. Saúde Pública [on line]. 1997, vol.13, n.2, pp. 185-193. ISSN 0102-311X. doi: 10.1590/S0102-311X1997000200002.

³⁷ Duas perspectivas analíticas que remetem ao dilema toqueviliano da igualdade versus liberdade, aqui visto pelo prisma das relações entre direito e política. Na vertente substancialista, é proposto um protagonismo do conteúdo axiológico expresso na norma constitucional, prescrevendo uma vinculação do juiz a princípios sociais (constitucionais) prévios, sendo o magistrado um guardião daquelas promessas, o que pode induzir uma tendência à legalidade estrita ou normatividade cristalizada. Aqui, oportuna a reflexão de Vera da Silva Telles: “Como forma de sociabilidade e regra de reciprocidade, os direitos constroem, portanto, vínculos propriamente civis entre indivíduos, grupos e classes.....constroem uma gramática civil que baliza práticas e interações sociais por referência ao que é reconhecido como medida de justiça, medida que é sempre alvo de questionamentos e reformulações nos embates e litígios de posições e interesses, valores e opiniões, mas que é sempre solidária com critérios, muitas vezes implícitos, **não redutíveis às prescrições legais**, que fazem a partilha entre o legítimo e o ilegítimo, entre o permitido e o interdito, o obrigatório e o facultativo. (grifo nosso) (In TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata ?* Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999 . p. 138-139). De outro giro, na dimensão procedimentalista, pugna-se por uma cidadania ativa, colocando-se o direito a serviço de valores democráticos, ensejando à sociedade civil a efetiva possibilidade de participação na definição da vontade majoritária. Por essa perspectiva, a invasão da política pelo direito, típica da dimensão substancialista, conduziria à perda da liberdade e à redução do cidadão à condição de mero cliente de um Estado provedor. Todavia, é preciso considerar que a complexidade de certas matérias não pode ser tratada apenas no âmbito de uma processualidade democrática, demandando o concurso de um corpo técnico que também não se pode reduzir a juristas. A visão de Bobbio: “O excesso de participação, produto do fenômeno que Dahrendorf chamou depreciativamente de cidadão total, pode ter como efeito a saciedade de política e o aumento da apatia eleitoral. O preço que se deve pagar pelo empenho de poucos é freqüentemente a indiferença de muitos. Nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia.” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*; uma defesa das regras do jogo. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

desse protagonismo constitucional que teria, nessa perspectiva procedimental, exclusiva preocupação com a garantia do funcionamento das instituições democráticas de modo a assegurar a ampla participação popular na formulação das políticas públicas. Essa permeabilidade, dimensão virtuosa da vertente procedimentalista, foi captada por Senna (2007):

Entende-se aqui que o formato de uma dada política ou programa social é resultante de um complexo processo de intermediação de interesses, representados sob as mais variadas formas organizacionais e com diferentes graus de poder de influência na agenda governamental. Expressa, desse modo, uma opção política, construída sob certas condições materiais, a partir dos embates e alianças forjados por atores sociais diversos com capacidades também distintas de interferência no processo decisório de formulação de políticas públicas.

O trabalho pretende estabelecer suas bases argumentativas no espaço compreendido entre a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais de imediata aplicação e a visão de que a hermenêutica constitucional deve se pautar exclusivamente pela garantia da plenitude democrática no aspecto material e não apenas formal.

3. A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS. A VIA JUDICIAL.

3.1 A medicalização da sociedade: a expansão da medicina e a contraproduktividade.

Como questão de incidência vertical sobre a complexa logística de suprimento de medicamentos pelo Estado, impõe-se, ainda que de forma propedêutica, abordar a questão da medicalização da sociedade.

Conquanto tenha apresentado maior visibilidade na atualidade, trata-se de fenômeno que já se configurava no século XIX. Barboza (2010, p. 113) traça os contornos dessa evolução:

Na verdade, se constata que no século XIX teve início a instauração daquilo que hoje se denomina “fenômeno da medicalização” da vida ou da sociedade, o qual se intensificou no século XX, época em que se chega ao *healthism*, movimento que promove a saúde como principal preocupação social, e torna a ausência de doenças e a manutenção do vigor físico um dever de todos.

Um dos reflexos mais visíveis da evolução da Medicina é o seu empoderamento, expandindo-se pelos mais diversos segmentos da sociedade, configurando um processo de dominação que transforma quase todas as questões em problemas de ordem biológica. Uma poderosa indústria farmacêutica, desfilando com o modelo da economia globalizada, dissolveu as fronteiras dos Estados nacionais e impôs os padrões da ideologia do mercado. Nesse contexto, tudo é medicalizado — afinal, tudo é biológico: as emoções, o processo ensino-aprendizagem, os comportamentos e, enfim, qualquer questão social, em princípio, pode ser medicalizada.

A expressão “medicalização da sociedade” tem sido utilizada para representar uma tendência, típica do mundo ocidental, segundo a qual existiria um serviço médico ou um medicamento para cada um dos males, físicos ou psíquicos, que aflija, ou venha a afligir, o ser humano. Dessa perspectiva, a dor, por menor que seja, não pode ser tolerada. Assim, a insônia se resolve com o “rivotril”; a obesidade com a “sibutramina”; o desempenho sexual do jovem — ainda que absolutamente normal — deve ser potencializado com o “Viagra”; a ruga, removida com o “botox”; a ausência de um glúteo definido, com um implante de silicone...

Nesse sentido, mesmo as atividades humanas mais prosaicas passam a ser alvo desse processo. Barboza (2010, p. 113) observa o fenômeno:

Ações consideradas “naturais” como comer, dormir, reproduzir, envelhecer, praticar sexo, e muitas outras situações cotidianas encontram-se, em maior ou menor grau, medicalizadas, isto é, explicadas, controladas e justificadas pela medicina.

Esse projeto se insere numa dinâmica mais complexa e mais ampla, um projeto maior da sociedade do conhecimento, das tecnologias de informação, da instantaneidade — enfim, da globalização, para além da dimensão econômica, envolvendo a modernidade e a pós-modernidade com os seus “processos líquidos” de que fala Bauman³⁸. De outra perspectiva, porém concorrente para a mesma análise, com a verve poética inspirada de sempre e, sobretudo, com sábia simplicidade, o poeta Mario Quintana, bem definiu esses tempos modernos:

FELICIDADE REALISTA

A princípio, bastaria ter saúde, dinheiro e amor, o que já é um pacote louvável, mas nossos desejos são ainda mais complexos. Não basta que a gente esteja sem febre: queremos, além de saúde, ser magérrimos, sarados, irresistíveis. Dinheiro? Não basta termos para pagar o aluguel, a comida e o cinema: queremos a piscina olímpica e uma temporada num spa cinco estrelas. E quanto ao amor? Ah, o amor. Não basta termos alguém com quem podemos conversar, dividir uma pizza e fazer sexo de vez em quando. Isso é pensar pequeno: queremos AMOR, todinho maiúsculo. Queremos estar visceralmente apaixonados, queremos ser surpreendidos por declarações e presentes inesperados, queremos jantar à luz de velas de segunda a domingo, Queremos sexo selvagem e diário, queremos ser felizes assim e não de outro jeito.

Ainda em fase de pré compreensão do fenômeno da medicalização, merece destaque uma extensão do conceito de iatrogenia que, sinteticamente, corresponde à designação atribuída à doença ou alteração patológica decorrente de medicamento ou tratamento médico. Os estudos de Ivan Illich acerca da medicalização, apesar de algum extremismo, constituem importante contribuição principalmente pela ampliação do conceito de iatrogênese para abranger também os processos dispersos e sub liminares que se associam à medicalização da sociedade.

Dessa perspectiva, esse autor identifica três tipos de iatrogênese: clínica, mais difundida, decorrente da utilização da tecnologia médica, diagnóstica e terapêutica; social derivada do

³⁸ Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, estudou as conexões sociais contemporâneas, a partir do que se convencionou denominar modernidade e pós-modernidade. Dedicando atenção às relações afetivas, refletiu sobre as frustrações presentes nos sentimentos humanos, instigadas pelo açodamento em encontrar o parceiro idealizado — quase sempre divorciado da realidade. Assim, buscam-se relacionamentos abertos, deixando sempre uma rota de fuga para novos encontros, elaborando uma afetividade vazia e a busca incessante de seu preenchimento, porém sem qualquer comprometimento. É o que Bauman denomina amor líquido. O aspecto líquido, fluido, frouxo, das relações, das sensações, das situações e, enfim, das circunstâncias que permeiam a modernidade e a pós modernidade é mapeado por Bauman que proclama que as certezas da modernidade sólida se esvaíram e, com isso, a utopia do controle sobre os mundos social, econômico e natural desmoronou.

efeito danoso da medicina sobre a sociedade, provocado pela desarmonia entre o indivíduo e seu grupo, prescrevendo para o indivíduo uma conduta pusilânime inteiramente dependente da autoridade médica; por fim, uma iatrogênese cultural que determinaria o desprezo de todo o potencial cultural enquanto instrumento eficaz para administrar autonomamente situações de dor, doença e morte.

A partir desse complexo quadro, infere-se um círculo vicioso: as facilidades da vida moderna, a rápida “resolução” de todos os problemas de saúde pela utilização maciça de procedimentos médicos e de medicamentos cada vez mais sofisticados, incensados por um poderoso marketing, não raramente induzem à doença como resultado do remédio: seja pela automedicação; pelo uso indiscriminado de antibióticos; pela propensão de médicos a receitar, às vezes determinada pela própria cobrança da sociedade, que, não raro, ainda avalia o desempenho de um médico pelo tamanho da lista de medicamentos prescritos, sequer se cogitando a possibilidade de sair de uma consulta sem uma receita.

De uma ótica essencialmente pragmática, antes de percutir o tema central deste tópico — a Política Nacional de Medicamentos — é imperativo ter em conta que há um modismo, uma cultura de medicalização que impõe desnecessários dispêndios de recursos na aquisição de drogas que, com frequência, se constituem em exemplos paradigmáticos do que Illich denomina contraprodutividade³⁹.

Ainda dessa perspectiva do mundo globalizado, da informação instantânea e do poder transnacional da poderosa indústria farmacêutica, não se pode deixar de ter em conta a capacidade que têm de incutir no imaginário das pessoas, pela via de envolventes recursos publicitários, a “necessidade” da medicalização.

3.2 O direito fundamental social à assistência farmacêutica. A Política Nacional de Medicamentos

Como já se afirmou, a partir da Constituição de 1988, o direito social à saúde adquiriu um *status* privilegiado na ordem jurídica brasileira, devendo ser ressaltado que esse direito já foi definido em consonância com o moderno conceito de saúde, nos termos em que comenta BUSS (2000):

A nova concepção de saúde importa uma visão afirmativa, que a identifica com bem-estar e qualidade de vida, e não simplesmente com ausência de doença. A saúde deixa de ser um

³⁹ Ivan Illich em sua obra “A Expropriação da Saúde: Nêmesis da Medicina” estabeleceu o conceito de contraprodutividade para designar um instrumento que produz resultados opostos à finalidade para qual foi criado. Um exemplo de contraprodutividade candente da realidade brasileira: os atrasos nos vôos que tornam as viagens de carro mais rápidas que as de avião; ou o hospital que produz a doença; ou, ainda, a diversão que mata, o remédio que só produz os efeitos colaterais, etc

Estado estático, biologicamente definido, para ser compreendida como um Estado dinâmico, socialmente produzido. Nesse marco, a intervenção visa não apenas diminuir o risco de doenças, mas aumentar as chances de saúde e de vida, acarretando uma intervenção multi e intersetorial sobre os chamados determinantes do processo saúde-enfermidade: eis a essência das políticas públicas saudáveis. Proporcionar saúde significa, além de evitar doenças e prolongar a vida, assegurar meios e situações que ampliem a qualidade da vida “vivida”, ou seja, ampliem a capacidade de autonomia e o padrão de bem-estar que, por sua vez, são valores socialmente definidos, importando em valores e escolhas. Nessa perspectiva, a intervenção sanitária refere-se não apenas à dimensão objetiva dos agravos e dos fatores de risco, mas aos aspectos subjetivos, relativos, portanto, às representações sociais de saúde e doença.

A estruturação dos meios necessários a prover a base material necessária ao exercício do direito social à saúde, se deu por intermédio do SUS, cuja previsão é, como já se mencionou, constitucional. Operacionalizando o Sistema, surgiu a Lei nº 8.080/90 que prevê em seu art. 6º:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema único de Saúde – SUS:
I — a execução de ações:
d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.
VI — a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

Em consequência, foi definida pelo Ministério da Saúde a Política Nacional de Medicamentos – PMN, culminado com a Portaria GM nº 3.916/98 que consolidaria a normatividade necessária à implantação da citada política.

Em conexão com o que foi afirmado no início da abordagem desse tópico acerca da medicalização da sociedade, verifica-se que um dos alicerces da política nacional de medicamentos é o uso racional de medicamentos. No tópico “Justificativa” do documento que introduz a PMN (Portaria GM nº 3.916/98), verifica-se:

O processo indutor do uso irracional e desnecessário de medicamentos e o estímulo à automedicação, presentes na sociedade brasileira, são fatores que promovem um aumento da demanda por medicamentos, requerendo necessariamente, a promoção de seu uso racional, mediante a reorientação destas práticas e o desenvolvimento de um processo educativo tanto para a equipe de saúde quanto para o usuário.

Superada a abordagem sobre a importante dimensão da medicalização da sociedade, traduzida, para os efeitos desse estudo, na dimensão do gasto público inócuo e, às vezes, contraproducente, passa-se à discussão da forma como o Estado brasileiro cumpre a política pública sob a vertente da necessária sinergia entre “formulação da política de medicamentos” e prover “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”, estabelecida na Lei Orgânica do SUS.

Durante algum tempo, a Política Nacional de Medicamentos foi estruturada em torno da CENTRAL DE MEDICAMENTOS – CEME, fundada em 1971, com o objetivo institucional de prover o acesso a medicamentos à população de baixa renda. Visava, também, coordenar a produção e a distribuição de medicamentos.

Em 1993, o Ministério da Saúde detectou sinais concretos de desmandos administrativos na gestão da CEME: denúncias de corrupção, direção não identificada com as destinações estatutárias do órgão, desmonte da estrutura técnico-organizacional e inexistência de articulação com as estruturas estaduais e municipais do sistema, conforme registrado em documento expedido pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2002, p.9):

Não faltam exemplos mais recentes dessas deficiências e práticas duvidosas. Foram enviadas 2.600 caixas de espermicida à Secretaria de Saúde do Distrito Federal, quando o número pedido foi de 50. A compra total desse espermicida seria suficiente para atender o programa de planejamento familiar por 15 anos, mas felizmente parte do lote pôde ser trocada por outros itens como antibióticos e antiparasitários ao final de 1997.

De outro lado, havia uma inflação específica da saúde ainda maior do que os já elevados índices gerais da economia naquele período. Assim, foi praticada uma política de controle de preços até meados de 1990, até que foi extinta, deixando que fossem regulados pelo mercado. Como previsível, não houve êxito, retornando-se a novo controle e congelamento de preços que durou até 1992, ocasião em que foram liberados outra vez, situação que perdurou até a entrada em vigor do plano real, quando, embora não houvesse um controle, foi celebrada uma pactuação referente à política de preços, sistema que vigorou até o final de 1996, quando houve outra liberação de preços. E novamente os preços passaram a subir vertiginosamente...

Uma nova intervenção no mercado decorreu da circunstância de o Brasil, durante muito tempo, não reconhecer o direito de patente sobre medicamentos⁴⁰. Assim, sobre essa base legal, foi estabelecido um mercado de medicamentos similares, designação dada ao

⁴⁰ A Lei nº 9.279/96 reconhece esse direito — já a anterior, a Lei nº 5.772/71, revogada, não concedia ao inventor o direito de explorar com exclusividade algumas invenções, entre elas, os remédios.

medicamento com o mesmo princípio ativo, mesma posologia e mesma aplicação dos remédios ditos “de marca”. Em 1993, o governo torna compulsória a indicação na embalagem da denominação genérica do princípio ativo ou fármaco do medicamento. Tratava-se da primeira tentativa de implantação dos medicamentos genéricos⁴¹ com o objetivo de conter a especulação financeira em que se transformara o mercado de medicamentos, travestido de atividade industrial e produtiva.

Nessa trajetória de aperfeiçoamento da Política Nacional de Medicamentos foi dado um importante passo quando em 1999 o governo federal decidiu pelo licenciamento compulsório de patentes, desde que o medicamento objeto da medida fosse utilizado em emergências e a utilização se desse para atender o interesse público. Abaixo, se transcreve o Art. 2º, do Decreto nº 3.201/99:

Poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória de patente, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso somente para uso público não-comercial, desde que assim declarados pelo Poder Público, quando constatado que o titular da patente, diretamente ou por intermédio de licenciado, não atende a essas necessidades.

A realidade é que, no início da década de 90, o desempenho estatal na política de medicamentos mostrava-se deficiente, o que era evidenciado pela circunstância de a CEME, órgão central do sistema, estar imerso na corrupção e os laboratórios oficiais, base industrial do sistema, marcados pela ociosidade e ineficácia e, ainda, a política de contenção de preços “por decreto”, estratégia comprovadamente ineficaz inapta a debelar a inflação, o que deve ser feito buscando-se aperfeiçoar outros fundamentos da economia.

Já em meados da década de 90, a edição de dois atos administrativos marcaria o início de nova fase na atuação federal na gestão da política de medicamentos: a publicação das Normas Operacionais Básicas - NOB 01/96, em novembro de 1996, e a extinção da CEME em julho de 1997.

As NOB 01/96 definem um recorte mais pragmático das rotinas que detalham, sob o ponto de vista da execução, as estratégias definidas na política. Nesse contexto, a NOB 01/96 tem por escopo atingir a plena responsabilidade do município, ainda que, em decorrência disso, também vise a redefinir as responsabilidades dos Estados e da União.

⁴¹ Medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade.

Assim, na evolução do arcabouço normativo que daria o suporte às mudanças que se impunham, surge, em 1998, Portaria GM nº 3.916/98 que define como diretrizes da Política Nacional de Medicamentos:

- reorientação da Assistência Farmacêutica;
- adoção da Relação de Medicamentos Essenciais;
- regulação sanitária de medicamentos;
- promoção do uso racional de medicamentos;
- desenvolvimento científico e tecnológico;
- promoção da produção de medicamentos;
- garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos;
- desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

Uma dessas diretrizes, a promoção do uso racional de medicamentos, já foi abordada sob um enfoque ainda pouco lembrado no âmbito das políticas públicas que é a medicalização da sociedade que, como se mencionou, projeta vários efeitos deletérios sobre a gestão da política de medicamentos, entre esses, a drenagem de recursos que poderiam ter outros destinos na promoção da saúde.

Outra diretriz a ser enfocada é a adoção da Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME constituída pelos medicamentos considerados básicos e indispensáveis ao atendimento da maioria dos problemas de saúde da população. Pela importância atribuída no âmbito da PNM à RENAME, abaixo se transcreve tópico da Portaria GM nº 3.916/98:

3.1 Adoção de relação de medicamentos essenciais. Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

A primeira dessas relações, quando ainda não se tinha pretensões de integralidade, foi elaborada em 1964. A partir daí, a relação passou por nove atualizações (1972, 1975, 1989, 1993, 1999, 2002, 2006, 2008 e 2010). Daí, se pode depreender que a atualização, de modo geral, parece não acompanhar a evolução tecnológica da indústria farmacêutica.

Em síntese, a revisão de 2010 legou uma relação com 343 fármacos, oito produtos correspondentes a fármacos, 33 imunoterápicos, em 372 DCB⁴² distintas, contidas em 574 apresentações farmacêuticas.

3.3 – A polissemia da integralidade.

Tanto a Constituição quanto a Lei Orgânica da Saúde referem-se ao caráter integral da atenção à Saúde. Aqui, cabe breve digressão para situar semanticamente a integralidade defendida.

Para tentar entender a profundidade e a extensão desse requisito da assistência, há de se abandonar o vetusto preceito exegético segundo o qual quando a norma é clara não se pode interpretá-la. Isso seria incorrer, a um só tempo, num erro de semiótica e num de aplicação das ciências sociais. Sobre o primeiro, ORTEGA Y GASSET (1987, p.4) observa acerca da insuficiência da linguagem pela qual, afinal, se difundem as normas:

...sendo impossível para o homem entender-se com seus semelhantes, estando condenado à solidão radical, desenvolve esforços extenuantes para chegar ao próximo. Dentre esses esforços, a linguagem é o que às vezes consegue transmitir, mais aproximadamente, algumas das coisas que se passam dentro de nós. Apenas isso. Mas, geralmente, essas restrições não são levadas em conta. Ao contrário, quando o homem fala, ele o faz porque acha que vai poder dizer tudo que pensa. Pois bem, isso é um engano. A linguagem não consegue tanto. Diz, aproximadamente, uma parte do que pensamos e abre um fosso intransponível para transmissão do restante. Serve bastante para enunciados e provas matemáticas; já para falar sobre Física começa a se tornar equívoca e insuficiente. Mas na medida em que a conversação trata de temas mais importantes que esses, mais humanos, mais “reais”, aumentam sua imprecisão, sua inabilidade e confusão.

De outra vertente, pelas sendas das ciências sociais aplicadas, tem sido aceito que a norma resulta da conjugação do fato social com a escala axiológica vigente num dado momento e num determinado grupo social. Ora, se a lei se cristalizasse no momento em que entra em vigor, como poderia estar apta a acolher novos valores albergados pela sociedade? A única alternativa à constante revogação é a nova interpretação, segundo aqueles novos valores.

Assim, a integralidade também se mostra como polissêmica de modo a compreender uma gama variada de significações. A importância dessa característica da assistência à saúde é tal que se erigiu em uma bandeira de luta, em “imagem objetivo”, expressão designativa de uma

⁴² Denominação Comum Brasileira é nomenclatura oficial em português para fármacos ou princípios ativos adotados pela ANVISA e utilizados no Brasil.. Constam mais de 9.000 itens nessa lista.

arquitetura de política ou de instituição que se considera desejável, não devendo ser confundida com uma quimera, uma utopia, pois, ao contrário, a imagem objetivo é factível — talvez desafiadora, mas realizável.

Porém, por mais que se abram as sendas interpretativas de modo a se identificar com uma multiplicidade de sentidos, não se pode jamais entender que “integral” possa, mediante verdadeiros contorcionismos exegéticos, converter-se na sua antítese, o que aqui se vindica porque tal exegese iria de encontro à teleologia da previsão constitucional de prestígio à dignidade da pessoa humana. Portanto, albergar os diversos sentidos da integralidade é possível e desejável, porém seria estabelecido como limite que não se converta o que deve ser “integral” em “parcial”.

Num bem desenvolvido estudo sobre os diversos sentidos da integralidade MATTOS (2008) aponta alguns aspectos da polissemia que o termo encerra.

Um dessas significações reporta-se ao exercício a medicina integral, acepção em que defende que o médico não se restrinja ao sofrimento explícito do paciente. Se é fato que a medicina tem por escopo responder ao sofrimento humano, também é veraz que, no seu desenvolvimento, incorporou saberes que permitem ao profissional de saúde detectar algumas doenças antes que provoquem sofrimento. Portanto, o profissional de saúde que, ao examinar um paciente que veio em busca de minorar um sofrimento manifesto, serve-se do encontro para investigar outros fatores de risco de outras doenças além da que motivou o sofrimento atual do paciente, está exercendo uma dimensão virtuosa da integralidade.

Importa destacar que, no caso acima, houve uma sinergia entre prevenção e assistência — a atividade preventiva, não demandada pelo paciente, com a atividade assistencial requerida por ele. A distinção se revela seminal para o exercício do direito de assistência à saúde na medida em que a prevenção não demandada pelo paciente tem potencial para se converter na dimensão nefasta da atividade preventiva — a medicalização da sociedade que, como já mencionado, representa uma invasão da medicina sobre os mais distintos setores da vida social, ensejando com frequência o surgimento da contraprodutividade. Nesse sentido, MATTOS (1998) adverte:

Há que se diferenciar um uso dessas formas de intervenções preventivas que simplesmente expande o consumo de bens e serviços de saúde ou que simplesmente integra os dispositivos de sustentação da ordem social (através da regulação de corpos) do uso judicioso e prudente dessas mesmas técnicas de prevenção, feito na perspectiva de assegurar o direito dos beneficiários à saúde. Integralidade e prudência andam, pois, juntas.

Abrindo ainda mais o leque da integralidade, MATTOS (1998), acentua:

A abertura dos médicos para outras necessidades que não as diretamente ligadas à doença presente ou que pode vir a se apresentar — como a simples necessidade de conversa — também ilustra a integralidade.

Buscar compreender o conjunto de necessidades de ações e serviços de saúde que um paciente apresenta seria, assim, a marca maior desse sentido de integralidade.

Já na Idade Média, Maimônides⁴³ preconizava:

Uma consulta deve durar uma hora. Por cinquenta minutos ausculte a alma do paciente. Nos outros dez faça de conta que o examina.

Outro sentido da integralidade surge da transposição dos limites da medicina, mediante o concurso de outros profissionais, o que deriva da adoção do conceito mais abrangente de saúde. Ainda MATTOS (1998), de forma exemplificativa, indica esses caminhos:

Quando um agente comunitário que segue rumo a suas visitas domiciliares defronta com o convite de um morador para uma prosa sobre um problema que o aflige, ele pode aplicar não a medicina integral, mas a integralidade. Quando esse mesmo agente, no cumprimento de suas funções de pesar as crianças com menos de 24 meses, busca ativamente nas crianças maiores da casa (que não podem ser pesadas com a balança portátil que leva) os indícios de carência nutricional, também põe a integralidade em prática. Ou quando um funcionário de um pronto-socorro se preocupa em informar a um acompanhante que ficou fora da sala de atendimento a evolução de um paciente...

Prossegue MATTOS (1998) expondo sua visão sistêmica de integralidade:

Do mesmo modo, a equipe de uma enfermaria de crianças, compreendendo a necessidade que as crianças têm de brincar, pode organizar seu processo de trabalho de modo que as atividades recreativas tenham grande espaço, fazendo com que a enfermaria se assemelhe a uma creche com cuidados diferenciados.

Uma terceira perspectiva da integralidade é da organização do trabalho nos serviços de saúde. Nesse viés, a integralidade se manifesta quando ocorre a articulação entre a assistência e as práticas de saúde pública, historicamente cindidas no Brasil. Assim, a articulação teve

⁴³ Maimônides, médico espanhol do século XII. A afirmação, obviamente, comporta algum temperamento. Contextualizada, significa mais uma anamnese da alma do que do corpo. Sabe-se, hoje, que a anamnese, quando bem conduzida, é responsável por 85% do diagnóstico na clínica médica, liberando 10% para o exame clínico (físico) e apenas 5% para os exames laboratoriais ou complementares (Cf SOARES, Oscar Espellet. *Clínica médica em área indígena*. Disponível em <http://sis.funasa.gov.br/portal/publicacoes/pub1265.pdf>)

início quando se transformaram as antigas unidades voltadas exclusivamente à saúde pública, com seus programas verticais, em unidades de atendimento integral, adotando-se, por exemplo, os prontuários unificados, superando as fragmentações que existiam nas unidades. Nesse contexto, os antigos centros de saúde incorporaram práticas assistenciais típicas decorrentes das demandas dos usuários.

O estudo de MATTOS (1998) apresenta, ainda, mais dois tópicos de especial interesse para o cerne deste trabalho:

Como não é admissível que um homem diabético, com tuberculose e hérnia inguinal tenha que dar entrada em três pontos distintos do sistema de saúde para ter a resolução de seus problemas. ...não é aceitável que os serviços de saúde estejam organizados para responder às doenças de uma população, embora eles devam responder a tais doenças. **Os serviços devem estar organizados para realizar uma apreensão ampliada das necessidades da população ao (sic) qual atendem.** (sem negrito no original).

Foi enfatizado, beirando à tautologia, que devem estar abertos os caminhos aos diversos sentidos da integralidade. Todavia, a acepção aqui adotada defende que o limite para essa polissemia na formulação e implementação das políticas seja o de que a interpretação vá até o ponto em que a dignidade da pessoa humana, fim último de todo o ordenamento social e jurídico da nação, não seja comprometida.

Assim, pode se entender que, como primeiro passo da assistência farmacêutica, a RENAME, essência da PNM, seja definida *a priori* para atender a “maioria” dos problemas de saúde da população (cf. p.76 anterior). Mas, o que se verifica é que sequer esses itens básicos estão sempre disponíveis, consideradas as adaptações aos perfis epidemiológicos locais, concretizadas nas correspondentes estaduais e municipais da RENAME⁴⁴. Afinal, são corriqueiras as notícias, confirmadas por imagens televisivas, de ambulatórios onde faltam analgésicos, antibióticos e até gaze e soro fisiológico.

Pode se objetar que a Política Nacional de Medicamentos não se restringe à RENAME. De fato, a Port. nº 2981 de 26/11/2009, do Ministério da Saúde, introduz o conceito de Componente Especializado da Assistência Farmacêutica substituindo a anterior denominação Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Na dicção da citada Portaria, o componente corresponde a uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS que tem por característica a busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso em

⁴⁴ A Port. nº 3.916/MS/GM preconiza que sejam definidas listas estaduais (as relações estaduais de medicamentos essenciais – REMEME’s e as relações municipais de medicamentos essenciais - REMUME’s) com vistas a adaptar a RENAME às características epidemiológicas locais.

nível ambulatorial. Mas, ainda aqui, a assistência se restringe às doenças especificadas na Portaria e indica os medicamentos padronizados a serem contemplados, características que podem conduzir ao sacrifício da integralidade. Entende-se que seja mais um passo em direção à integralidade, ainda não atingida.

A divisão do trabalho, especialmente no campo da assistência à saúde, eivado de variáveis complexas, é uma dimensão estratégica e virtuosa do Estado burocrático weberiano. Assim, o SUS como sistema orgânico, envolvendo os três entes federados e, nesse contexto, a PMN, apresentam-se com uma arquitetura organizacional apta a atingir seus objetivos que se traduzem em termos finalísticos na universalidade e na integralidade da assistência. Todavia, deve ser destacado que este campo tem se mostrado permeável a um dos mais nefastos resquícios do Estado cartorial brasileiro — aliás, a inspiração é ibérica. Refere-se aqui ao volume de normas, às vezes superpostas, e, nessa condição, supérfluas. O sistema tributário brasileiro e seu emaranhado normativo, paradigma do atraso institucional, parece começar a contaminar o SUS. A elaboração de listas e de programas focais para fornecimento de medicamentos específicos ou conjunto de medicamentos para um determinado tratamento podem ser eficientes e eficazes estratégias de administração, mas jamais podem se constituir em finalidades do Sistema, que deve ser funcionalizado ao usuário.

Essa complexidade crescente impõe limites à eficácia na medida em que exigências burocráticas revelam-se incompatíveis com a simplicidade de instâncias da ponta da linha. A sucessão interminável de carimbos e despachos e a elaboração de projetos, por vezes complexa, contrastam com a realidade dos afastados municípios que sequer possuem um médico — e não são poucos (vide fl 61).

Assim, é imperativo que se retomem as virtudes da arquitetura do SUS, cuja lei orgânica bem traduz a complexidade indispensável. Não deve o executivo, no exercício do poder regulamentador, acrescentar complexidades e sim dirimi-las, mostrando-se permeável às dificuldades dos pequenos municípios, por sinal, a expressiva maioria no Brasil. É preciso que incorpore já na concepção as peculiaridades da realidade dos implementadores das políticas. Nesse sentido, oportunos os ensinamentos de ARRETCHE(2001, p.45-46):

Supor, no entanto, que um programa público possa ser implementado inteiramente de acordo com o desenho e os meios previstos por seus formuladores também implicará uma conclusão negativa acerca de seu desempenho, porque é praticamente impossível que isto ocorra. Em outras palavras, na gestão de programas públicos, é grande a distância entre os objetivos e o desenho de programas, tal como concebido por seus formuladores originais, e a tradução dessas concepções em

intervenções públicas, tal como elas atingem a gama diversa de seus beneficiários e provedores.

Essa distância não diz respeito a fatores de ordem moral ou ética, que possam ser atribuídos a interesses escusos de formuladores e implementadores. Na verdade, tal distância é uma contingência da implementação, que pode ser, em grande parte, explicada pelas decisões tomadas por uma cadeia de implementadores, no contexto econômico, político e institucional em que operam (Rossi & Freeman, 1993; Mitnick & Backoff, 1994; Mladenka, 1984).

Para superar uma concepção ingênua da avaliação de políticas públicas, que conduziria necessariamente o avaliador a concluir pelo fracasso do programa em análise, é prudente, sábio e necessário, então, admitir que a implementação *modifica* as políticas públicas.

Assim, não parece contribuir para a integralidade um pequeno município do interior ser penalizado no recebimento de um recurso orçamentário porque o projeto tal não foi apresentado ou não foi tempestivo. Trata-se de uma perversa estratégia de subversão dos fins pelos meios.

3.4 – Investimento em saúde.

A afirmação de que ainda não se atingiu a integralidade na assistência farmacêutica caracteriza um truísmo. Porém, as causas da não consecução dessa imagem objetivo são diversas, destacando-se, a fria realidade dos números: o investimento **público** em saúde no Brasil é pífio.

Os números oficiais apresentados omitem informações relevantes. A informação isolada sobre percentual gasto em saúde relativamente ao PIB causa a impressão de que os investimentos estão num nível razoável relativamente aos demais países. Todavia, quando se verificam os investimentos **públicos** relativamente ao PIB e o investimento *per capita* do governo em Saúde, descortina-se uma das justificativas para o atual Estado da saúde no Brasil. Abaixo, levantamento da Organização Mundial de Saúde:

**INVESTIMENTO EM SAÚDE
(COMPARAÇÃO ENTRE PAÍSES COM SISTEMAS UNIVERSAIS E ASSISTÊNCIA
INTEGRAL REF ANO 2007)**

PAÍS	% PIB	% PÚBLICO	% PRIVADO	PER CAPITA (governamental) EM SAÚDE
ALEMANHA	10,3	79,7	20,3	2.758
AUSTRÁLIA	8,9	66,8	33,2	2.266
BRASIL	8,4	40,0	60,0	348
CANADÁ	8,8	70,4	29,6	2.730
ESPAÑA	8,5	71,6	28,4	1.917
REINO UNIDO	8,4	79,3	20,7	2.446
SUÉCIA	9,1	84,9	15,1	2.716

(Fonte: World Health Statistics – disponível em www.who.int/statistics)

Portanto, o levantamento acima que, em tese, pode ser tido como uma auditoria independente, revela o quanto realmente é investido pelo governo em saúde. É de se destacar a discrepância com as informações divulgadas de gastos com a saúde que incluem também o que é investido privadamente pelas pessoas que, aliás, só o fazem porque o sistema público apresenta as conhecidas deficiências. Especialmente relevante cotejar o gasto governamental *per capita* em saúde no Brasil e em outros países que também possuem sistemas integrais e universais.

É a partir destas considerações, onde se procurou demonstrar:

- que a Política Nacional de Medicamentos, integral do ponto de vista formal, está longe, sob a perspectiva da efetividade, de atingir a integralidade;⁴⁵
- que o investimento **público** em saúde no Brasil, comparado a países que também adotam sistemas universais e integrais, é pífio,

que se chega, afinal, ao cerne do trabalho que é a defesa da atuação episódica do judiciário como derradeiro argumento na defesa de direitos constitucionais sociais como o são os direitos ao fornecimento de medicamentos.

⁴⁵ Como já se afirmou, não se dá ao tema o tratamento de utopia e sim de imagem objetivo. Ainda que fosse utópico, cabe lembrar Eduardo Galeano: "A Utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a Utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar". Assim, é razoável que se pense no atingimento gradual da integralidade, dadas as óbvias limitações a que as prestações estatais positivas estão adstritas, mas jamais descartá-la como imagem objetivo que é.

4. ESTUDO DE CASO.

4.1 Considerações metodológicas.

Como informado na Introdução, pretende-se atingir o objetivo deste estudo mediante a proposta metodológica do estudo de caso. Ciente das virtudes e das limitações da opção, impõe-se destacar que, como é inerente à metodologia adotada, a generalização decorrente não é estatística e sim analítica, eis que o caso não é, sob o ponto de vista de rigor estatístico, um elemento amostral.

É possível que se objete que a metodologia não deva ser aplicada, pois entre nós vige o princípio da livre persuasão racional do Juiz. Assim, conquanto esteja adstrito à fundamentação de sua decisão, o magistrado decide apenas com base no que está posto sem levar em conta elementos exógenos⁴⁶ aos autos, como os casos precedentes.

Concluindo, em face da alegação de que esse livre convencimento do magistrado seria característica do sistema jurídico continental, ou romano-germânico, ao qual nos filiamos e, que em consequência, valer-se de julgados anteriores, como a metodologia aqui adotada, seria inocular no nosso sistema algo que é próprio do *common law*⁴⁷. Cumpre afastar dicotomias rígidas — afinal, o ordenamento jurídico brasileiro, conquanto seja predominantemente ligado ao sistema continental, apresenta nuances do *common law*, de que é exemplo recente e expressivo a introdução da súmula vinculante⁴⁸.

A metodologia do estudo de caso revela especial potencialidade para a adequada análise de minúcias, do aprofundamento de questão específica. SENNA et al (2007 p. 26-27) registram:

⁴⁶ Essa neutralidade extrema é inatingível e, assim, é impossível que o magistrado se abstenha de ser permeável a fatores externos e de sua personalidade. Nesse sentido, o escólio de Luís Roberto Barroso: “A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção.” BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 10.

⁴⁷ Sistema jurídico que enfatiza a força dos julgados precedentes, em detrimento dos atos legislativos e/ou executivos. Nos países filiados a essa tradição, o direito nasce ou se aperfeiçoa pela ação dos juízes: a decisão a ser tomada num caso leva em conta decisões adotadas em casos anteriores semelhantes e, por seu turno, afeta o direito a ser aplicado a casos futuros.

⁴⁸ Designação dada a jurisprudência que, votada pelo STF, passa a ser de observação compulsória para todas as instâncias do judiciário. Foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela EC Nº 45/2004, adicionando o Artigo 103-A, a seguir transcrito *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

...tal metodologia mostra-se adequada na medida em que aposta exatamente no determinante do aprofundamento para a melhor compreensão de um dado fenômeno. Becker(1997) afirma que a adoção do método do estudo de caso supõe que se pode adquirir conhecimento do fenômeno adequadamente a partir da exploração intensa de um único caso. Este tipo de estudo é definido por Bruyne et al (1991) como sendo um estudo minucioso de casos particulares , de forma que os dados e informações geradas sejam capazes de traduzir a realidade de uma dada situação.

Sobre a importância do estudo do caso concreto, a partir da metodologia do estudo de caso, especificamente para temas jurídicos, a posição de FLORES (2009):

Ademais, o que a história acaba confirmando é a essência da metodologia jurídica tradicional: falando em outros termos, que na ciência jurídica sempre se busca a relação entre o particular e o universal. O que se poderia afirmar, segundo já se comentou antes, é que o contexto atual, ávido por grandes mudanças, em que são demandadas respostas caso a caso, faz com que o estudo de caso se torne primordial, ainda mais nessa época de forte presença da experiência judicial.

Portanto, a seguir, será apresentado um caso relativo a julgamento recente e emblemático do qual serão destacadas as justificativas do ente federado demandado para fornecimento de medicamentos. Em seguida, vai se buscar um liame entre o caso e a temática do trabalho, objetivando aferir as possibilidades e limitações da judicialização no aperfeiçoamento do direito social a saúde, com ênfase no provimento de medicamentos.

O caso apresentado corresponde a processo em tramitação no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) . Conquanto público, não tramitando em segredo de justiça, os nomes das pessoas envolvidas são omitidos por não interessarem à pesquisa. Todavia, caso se queira conferir nos autos, o número do processo permite sua localização.

4.2 estudo de caso - processo em tramitação – distribuído à 10ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Processo nº 2009.51.01.007026-7

Caso em que uma cidadã, que sofre de enfisema pulmonar, ajuizou uma ação contra a União Federal na qual pretende que seja o governo federal compelido a fornecer o medicamento “RESPIRA” indicado para reposição da enzima/proteína alfa-1 antitripsina.

A paciente, autora da ação, comprova nos autos que percorreu as diversas instâncias vinculadas à Secretaria de Estado da Saúde do Rio de Janeiro, peregrinando por uma autêntica *via crucis* sem, contudo, conseguir obter o medicamento.

A droga mencionada não é, de fato, de fácil obtenção: é fabricada em Israel e o tratamento anual atinge a US\$80,000.00 ou US\$6,700.00 mensais.

A paciente-autora anexou farta documentação médica atestando o respaldo científico da prescrição, inclusive com documento firmado por profissional médico catedrático e experiente da disciplina PNEUMOLOGIA E TISIOLOGIA do Hospital Universitário Pedro Ernesto da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

Em síntese, foram os seguintes pedidos da paciente-autora:

1. antecipação dos efeitos da tutela antes de ouvir a parte RÉ, compelindo-a a fornecer no prazo de 10(dez) dias o medicamento ALFA-1 ANTITRIPSINA, cujo medicamento existente no mercado (externo) é o comercialmente denominado “RESPIRA”;
2. a confirmação na sentença terminativa daquilo que teria sido já concedido mediante a antecipação dos efeitos da tutela⁴⁹.

A União Federal contestou o pedido alegando, em síntese:

1. arguindo ilegitimidade passiva — ou seja: alega que não é função do governo federal tratar do fornecimento do medicamento. Após citar diversos tópicos de diversas normas, conclui que à União Federal competiria apenas a transferência de recursos, as ações de planejamento, apoio, avaliação e formulação das políticas de saúde, sem estar obrigada especificamente à prestação dos serviços de saúde;
2. arguindo que as normas que definem os direitos sociais seriam programáticas e que, nessa condição, dependeriam da edição de leis que formulem políticas econômicas e sociais indicativas dos recursos financeiros necessários à implementação daqueles direitos. Ou seja: não teriam aplicação imediata;

⁴⁹ Sob determinadas condições, pode o juiz antecipar o provimento pretendido pelo autor, ouvida ou não a outra parte. São os requisitos da verossimilhança, da prova inequívoca e do perigo da irreversibilidade. Trata-se de medida excepcional, pois, quando concedida sem ouvir a outra parte, por exemplo, poderia suscitar alegação de contrariedade ao direito constitucional do contraditório e da ampla defesa — sanável diante da técnica de ponderação de princípios — daí, ser reversível. Merece ser destacado que, com frequência, é mal interpretada, havendo quem entenda que o requisito da prova inequívoca deva ser revestido de um rigor tal que já ingressaria no campo da prova pré-constituída apta a ensejar não uma antecipação dos efeitos da tutela e sim um julgamento antecipado da lide que produz uma sentença. Outra má aplicação do instituto verifica-se na interpretação do perigo de irreversibilidade, entendendo que se refira ao provimento concedido por antecipação. Não, a irreversibilidade concentra-se na circunstância de que, se não for provido naquele momento, aguardando-se o desenvolvimento do processo, o provimento tardio se torne inócuo para o autor. Então, não se figura lícito deslocar o foco do pedido do autor para o provimento do juiz, não importando se este possa ser reversível ou não.

3. alegando, também que “a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, por meio de liminares e processos judiciais, desestabiliza a harmonia desse sistema, facultando uma ingerência do Poder Judiciário sobre esfera precípua das demais funções do poder (sic)”;
4. Prosseguindo, alega que a “concessão judicial de um tratamento ou medicamento fora dos critérios previamente estabelecidos pelo administrador quebra a isonomia entre os beneficiários, criando injustiças ainda maiores.”. Segundo a representante processual da União, isso criaria uma nova modalidade de beneficiários, os que possuem, liminar e mais: isso altera a distribuição de recursos, desvia o orçamento destinado a cobrir os tratamentos básicos para “hipóteses não amparadas pelo administrador”, sujeitando os menos favorecidos a um sistema ainda pior do que o já encontrado e, muitas vezes, injustamente combatido;
5. A seguir, centra-se na conhecida argumentação das escolhas trágicas:

Em tais casos, é preciso considerar que as escolhas feitas pelo administrador, verdadeiramente trágicas quando pensamos na área da saúde, baseiam-se em restrições de ordem financeira. Há, diante dessas limitações, a necessidade de estabelecer critérios de alocação de recursos, de distribuição destes para cada área específica, de critérios de inclusão e exclusão para realização de determinado tratamento ou concessão de medicamento, etc

Não são escolhas fáceis, mas escolhas que precisam ser tomadas. Não são escolhas baseados em casos específicos, mas levando-se em consideração toda a coletividade e, em especial, **AQUILO QUE É POSSÍVEL REALIZAR PARA TODOS EM GRAU DE IGUALDADE.**

6. Continua insistindo no aspecto da insuficiência de recursos ao declarar que “não se pretende fechar os olhos para o direito à vida, a saúde e às mazelas enfrentadas pela população, mas sim **RECONHECER A IMPOSSIBILIDADE MATERIAL** do Sistema Único de Saúde amparar todos os seus beneficiários da forma como gostariam”.
7. Em sequência, repisa a questão orçamentária:

A utilização de verbas para a concessão de medicamentos e tratamentos não disponíveis na rede pública de saúde, com ampliação das políticas públicas de saúde já adotadas (esta (sic) sim, economicamente viáveis e socialmente sérias, **comprometidas com a garantia de um mínimo existencial da população**), terá utilidade e alcance populacional muito menor do que o custeio de tratamentos e medicamentos a um número infinito de usuários”

8. Na sua argumentação, transcreve, ainda, tópicos de prestigiada doutrina (Barcellos, 2002, pp 274-275):

A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com um rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer, é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população que não são visíveis naquele momento e que tem sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos da fundada dúvida de que os recursos públicos estejam efetivamente sendo utilizados na promoção da saúde básica...

É compreensivelmente difícil para o juiz deixar de ceder à tentação de dar uma solução jurídica localizada e individual a um problema cujo espaço de discussão é essencialmente político.

9. Nas páginas seguintes, a representação processual da União procede a uma digressão acerca da divisão de trabalho entre os entes federados para cumprirem o objetivo, que lhes é comum, de prestar a assistência à saúde, concluindo pela irresponsabilidade da União atribuindo ao município o encargo de fornecer o medicamento. Quanto à responsabilidade da União, invoca as condições da ação, destacando que uma delas — a legitimidade passiva — não está presente o que deveria ensejar a extinção do processo sem julgamento do mérito.
10. Conclui requerendo o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva ou, sucessivamente, que, no mérito, seja declarada a improcedência total do pedido, condenando a autora-paciente a pagar custas processuais e honorários de advogado.

A União juntou ao processo Parecer Técnico, datado de 04/05/2009, da lavra de consultora técnica, servidora pública do Ministério da Saúde, homologado pelo Diretor de Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde, no qual informa:

1. que, embora o medicamento pleiteado não tenha tido sua eficácia provada definitivamente, há “estudos que já recomendam este tratamento para casos específicos”;
2. que o medicamento “não se encontra padronizado em nenhum programa de assistência farmacêutica do Ministério da Saúde e não há alternativa terapêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Em 30/03/2009, decidiu o magistrado que não concederia a antecipação dos efeitos da tutela sem ouvir a União pelo fato de a prescrição médica ter sido feita em “novembro de

2009” e a ação só ter sido proposta apenas em março de 2009. O magistrado quis, na verdade, se referir a novembro de 2008 que foi a data da prescrição médica.

Em 22/06/2009, o magistrado determinou que a autora-paciente trouxesse aos autos declaração de seu médico sobre a possibilidade de substituição do medicamento por outro, já padronizado em programa de assistência farmacêutica do Ministério da Saúde.

Em 22/09/2009, o magistrado prolatou a sentença, da qual se destacam os tópicos:

1. o magistrado rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva pelo fato de, não estando o medicamento requerido padronizado, somente o Ministério da Saúde poderia incluí-lo na lista padronizada e essa competência é do Ministério da Saúde, logo da União Federal. Assim, prosseguiu para enfrentar o mérito da lide;

2. à guisa de fundamentar sua decisão, o magistrado reportou-se também aos casos das “escolhas difíceis” impostas ao executivo: de um polo, a paciente-autora e sua doença rara, congênita, incurável cujo tratamento paliativo demanda um dispêndio anual de oitenta mil dólares norte-americanos; de outro polo, o SUS com suas mais que conhecidas limitações que, ao assumir um gasto dessa ordem de grandeza, estaria comprometendo a aquisição de outros medicamentos também “essencialíssimos”;

3. o magistrado discorre sobre o critério que irá adotar para solucionar a controvérsia como sendo aquele segundo o qual o maior número de beneficiários será atendido com os recursos do erário, destacando que entende por maior número possível de beneficiários o universo de indivíduos que estejam a sofrer da mesma patologia, ou de suas variações. Desde que se permita identificar uma coletividade, e mesmo que de número reduzido, será possível correlacionar os interesses individuais ao interesse público, já que o Poder Público não se eximiu de oferecer tratamento médico e prestação de serviços farmacêuticos aos casos de portadores de doenças raras e/ou genéticas.

4. acerca do universo que ensejaria a proteção do Estado informou o magistrado:

Mas não houve qualquer informação prestada pelo Ministério da Saúde, no sentido de que existiria algum universo de indivíduos cujo número pudesse vir a caracterizar uma coletividade, destinatária natural de auxílios públicos de saúde.

5. no tópico seguinte da sentença, destaca o relevo que as listas padronizadas devem ter segundo a sua visão:

Sequer houve notícia de que o medicamento estaria em estudos voltados a uma possível sua inclusão na lista padronizada de medicamentos em uma próxima atualização.

6. e concluindo a sentença:

Creio que não se pode impor ao Poder Público sacrifícios de natureza econômico-administrativa, com repercussão previsível órbita de interesses de outros de outros indivíduos reconhecidamente necessitados também de auxílios públicos de saúde, para resguardar e satisfazer o interesse de um único indivíduo, embora incontestavelmente fundamental.

Isto posto, julgo a ação improcedente, condenando a autora nas custas e em honorários advocatícios, ora fixados em cinco por cento do valor da causa, atualizado monetariamente, observando-se, contudo, os arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50.

A autora, inconformada com a decisão, interpôs recurso de apelação que reitera as teses da inicial, mas, sobretudo, traz a informação do superveniente registro do medicamento na ANVISA, anexando o comprovante correspondente. Na oportunidade, reitera seu pedido de antecipação dos efeitos da tutela e que seja dado provimento ao recurso para reformar integralmente a sentença.

O Ministério Público manifestou-se opinando pela reforma da sentença sob o argumento de que se trata de doença rara e congênita, de que a autora corre risco de vida, de que foram apresentados diversos documentos comprovando o Estado de saúde da paciente-autora que necessita do medicamento para sua sobrevivência. Argumenta, ainda, que o que está em discussão é o direito à vida, bem sobre o qual não se podem opor limitações, sendo um direito que deve ser tutelado integralmente, já que insuscetível de valoração.

Nestas condições, o processo foi a julgamento na Sexta Turma especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sendo julgado em 15/03/2010.

O relator do processo votou pela reforma integral da sentença. Abaixo se transcreve o voto:

1. Conheço da apelação porque presentes seus requisitos de admissibilidade.
2. A matéria em debate na presente ação refere-se ao alegado direito da autora, portadora de enfisema pulmonar grave em virtude de deficiência na produção da enzima/proteína denominada Alfa-1 Antitripsina, de receber da União Federal, de forma continuada e conforme prescrição médica, a medicação conhecida como VENTIA, outrora conhecido como RESPIRA, fabricada pelo laboratório israelense Kamada LTD, já registrada, conforme documentos de fls. 170/171, na ANVISA, cujo custo seria por volta de US\$ 6.700 (seis mil e setecentos dólares norte-americanos) mensais, com o qual não possui condições de arcar.
3. Analisando-se os documentos carreados, verifica-se que a apelante comprovou a necessidade do medicamento requerido na inicial (fls. 28/57, 71 e 103). Assim, é o caso de conferir-se efetividade à garantida do direito à vida, norma constitucional cuja aplicabilidade é plena e imediata.

4. Por outro lado, o Sistema Único de Saúde é composto pela União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tal como dispõem a Constituição Federal, a saber:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes.

(...)

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre.

5. Incumbe ao Estado assegurar o direito à vida e à assistência médica, por força de norma constitucional inscrita no artigo 196 da Carta Magna, sendo que a referida assistência à saúde tem de ser feita em toda a extensão necessária à garantia do direito à vida, incluindo-se o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da apelante.

6. O próprio C. STF já assentou que o preceito do art. 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde (AGRAG nº 238328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio).

7. De mais a mais, o parágrafo único do artigo 198 da Constituição Federal determina que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, nos termos do artigo 195, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Desta feita, em que pese os fundamentos utilizados pelo Magistrado sentenciante no *decisum*, penso que a condenação da administração pública no fornecimento contínuo do medicamento necessário à manutenção da vida da apelante não representa um ônus imprevisto quando da elaboração do orçamento, vez que se procura apenas fazer valer o direito de um dos segurados, que é financiado por toda a sociedade, nos termos do referido artigo 195, da CF/88, sendo este apenas administrado por entes estatais.

8. Cumpre registrar ainda que, muito embora o medicamento não esteja inserido nas recomendações do Ministério da Saúde, isto não significa que somente estes possam ser fornecidos ao doente, mas também todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. Isto porque o fornecimento de quaisquer remédios independe de lista de medicamentos a ser padronizada, vez que esta figura como mera orientação ao SUS, já que o direito à vida, constitucionalmente reconhecido, não pode, de forma alguma, ser tolhido por mera falta de regulamentação.

9. Consigne-se ainda que o remédio em questão, como noticiou a apelante em sede recursal (fls. 131 e 170/171), já encontra-se devidamente registrado pela ANVISA o que significa que já pode ser comercializado em território nacional. Há, finalmente,

o ponto central destacado na sentença para dar solução à demanda: no conflito de bens, diante de casos difíceis (*hard cases*), deve-se dar prevalência aquele que envolva um número maior de pessoas que possam ser consideradas integrantes de uma coletividade. Assim, o juiz federal considerou que, realmente, não caberia ao Poder Público atender ao interesse no fornecimento de medicamento específico em favor da apelante em detrimento das outras pessoas que apresentam doenças graves e que, desse modo, poderiam ser prejudicadas caso acolhida a pretensão da autora. Na realidade, entendo que o foco apresentado encontra-se distorcido, ao menos para o caso ora sob julgamento. Determinados tipos de doenças, especialmente já reconhecidas cientificamente quanto à sua existência e tratamento, devem ser incluídas no rol daquelas que merecem a implementação de políticas públicas, notadamente quando há sério e concreto risco de morte quanto aos doentes, como é o caso presente.

10. Por derradeiro, assinale-se que encontram-se presentes os requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil), ainda que em sede recursal, ante à prova inequívoca da necessidade do medicamento, o perigo de dano irreparável à saúde da autora e a demonstração do alto custo mensal do medicamento, prevalecendo a presunção de que não pode suportar o ônus do tratamento, como decorrência da promessa constitucional de que todos são iguais perante a lei, razão pela qual defiro-a.

11. Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença, julgando procedente o pedido formulado na inicial, condenando a ré ao fornecimento do medicamento que a autora necessita, tornando desta forma definitiva a tutela antecipada formulada em sede recursal, que ora defiro, para condenar a União Federal a fornecer à apelante o tratamento contínuo, conforme prescrição médica, de reposição da enzima/proteína denominada Alfa-1 Antitripsina, no prazo de 10 (dez) dias, através do medicamento denominado VENTIA, conforme os termos da inicial e do recurso de apelação. Intime-se com urgência, conforme solicitado, a Advocacia Geral da União na Cidade do Rio de Janeiro para cumprimento. Custas na forma da lei. Com relação à verba honorária, condeno a apelada, nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

Houve um voto divergente que se baseou nos fundamentos da própria sentença de 1º grau, acentuando o valor das listas padronizadas de medicamentos elaboradas pelo Ministério da Saúde. O voto divergente destaca, ainda, que devido à urgência, será adquirido um medicamento sem licitação, quando em países de primeiro mundo isso não se faz, pontificando que naqueles países há sempre políticas públicas para isso.

O terceiro componente da Turma acompanhou o relator.

Diante do resultado do julgamento de 2ª instância, a União Federal interpôs recursos⁵⁰: Especial (ao Superior Tribunal de Justiça) e Extraordinário (ao Supremo Tribunal Federal)

O processo ainda está pendente de julgamento dos mencionados recursos, estando, porém, a paciente-autora assistida, já que foi determinado o fornecimento do medicamento, mediante antecipação dos efeitos da tutela.

Para o fim buscado nesse estudo, o que foi exposto é suficiente, passando-se agora a análise dos argumentos contrários à intervenção judicial visando a assistência à paciente-autora.

4.3 Análise dos argumentos do Governo Federal contestando o pedido de fornecimento de medicamentos

De acordo com o exposto pelo Governo Federal, não poderia ser chamado a responder pelo fornecimento do medicamento porque, na sua visão, compete-lhe apenas a transferência de recursos, as ações de planejamento, apoio, avaliação e formulação das políticas de saúde, sem estar obrigado especificamente à prestação dos serviços de saúde.

Trata-se de tese fragorosamente minoritária, pouco acolhida na Jurisprudência, o que decorre da constatação de que a Constituição e a Lei orgânica do SUS tratam desse sistema como um todo, um organismo unitário, de administração tripartite, do que se infere que todos os entes envolvidos nessa administração são responsáveis solidários pelos resultados colimados. Se o Sistema opta por adotar uma divisão de tarefas, que o faça, o que, aliás, mostra uma dimensão virtuosa do Estado burocrático weberiano. Essa divisão, preponderantemente criada por normas e resoluções — atos administrativos — deve ser pensada como forma de conferir eficiência, eficácia e efetividade à Administração tendo por fim precípua o usuário do sistema. Supondo que, de fato, por essa repartição de atribuições, o fornecimento desse medicamento não competisse à União, o que é discutível, ainda assim, que se criem mecanismos de compensação interna entre os entes federados.

Nessa perspectiva, o Estado exhibe notável agilidade e flexibilidade quando se trata de arrecadar tributos. No recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias referente a combustíveis, por exemplo, o fato gerador do tributo é a venda ao consumidor final, sendo este, portanto, em tese, o sujeito passivo da obrigação. Para comodidade do Estado, este institui como sujeito passivo o distribuidor (“atacadista”), cometendo-lhe o encargo de recolher o tributo, compensando-se repassando o valor do tributo para que o efetivo vendedor do combustível ao consumidor final lhe efetue o ressarcimento.

⁵⁰ Em síntese, quando o recorrente entende que a decisão violou lei federal, cabe o Recurso Especial; se entende ter havido violação a dispositivo constitucional, o Recurso Extraordinário.

Como pretende a União nessa argumentação, a divisão do trabalho — concebida, afinal, para conferir efetividade ao direito à assistência à saúde — produziria o seu inverso, caracterizando a já mencionada contraprodutividade de que fala Illich (cf. 69 anterior).

Já no que tange ao mérito propriamente dito, alega que as normas que definem os direitos sociais seriam programáticas e que, nessa condição, dependeriam da edição de leis que formulem políticas econômicas e sociais indicativas dos recursos financeiros necessários à implementação daqueles direitos. Ou seja: não teriam aplicação imediata. O ensinamento de SILVA (2005, p. 59) é esclarecedor a partir da interpretação que atribui ao Art. 5º da Constituição:

A Constituição suplanta a tendência para (sic) entender os direitos individuais como contrapostos os direitos sociais, que as Constituições anteriores, de certo modo, justificavam, o que resultava da persistência da visão individualista e liberalista dos direitos individuais. Tratava-se de deformação de perspectiva, pois só o fato de estabelecer-se um rol de direitos econômicos, sociais e culturais já importava necessariamente conferir conteúdo novo àquele conjunto de direitos chamados liberais.

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais consubstanciados no art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social”.

De outra perspectiva, possivelmente mais realista, porém convergente quanto ao desiderato colimado, FONTES (2009, p.31) pontua:

Cedendo ao exame particular que a palavra social pudesse apresentar diante de uma democracia que se criava, ressurgida das cinzas da última ditadura que conheceu o Brasil, o Estado Brasileiro não concedeu a si próprio, a mais característica das evidências: a de pôr, em primeiro plano, como dever do Estado, a função social, enquanto fator de poder e coeficiente de grandeza na produção e fonte da riqueza nacional.

Especificamente sobre a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais SILVA (2005, p. 177):

... o poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Por fim, tópico de um julgamento que já se erigiu à condição de *benchmarking* para o assunto⁵¹:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, 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, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes 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. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (STF – 2ª T., RE-AgR 393175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2007, p. 140)

Em outro argumento, a União alega “uma ingerência do Poder Judiciário sobre esfera precípua das demais funções do poder”. Trata-se de uma simplificação da teoria da separação dos poderes, uma visão acrítica que não leva em conta as características da época em que foi concebida, o final do século XVIII. Assim, por exemplo, a incorporação norte-americana

⁵¹ Disponível em www.stf.jus.br.

dessa teoria se deu com temperamentos, como é o caso, nos Estados Unidos, do sistema de *checks and balances*⁵² agregado à citada teoria.

Ainda nessa direção, GRINOVER (2010, p.12):

Mas, como operacionalizar o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro? Responde Oswaldo Canela Junior: "Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária".

Afirma o autor, com toda razão, que as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si só. O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E, acrescente-se: o segundo dogma foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*⁵³.

Continua Oswaldo Canela Junior: "E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes.

Mas os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. Por isso, ainda segundo Oswaldo Canela Junior, "cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira)".

Tércio Sampaio Ferraz Junior lembra que o objetivo do Estado liberal era o de neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Mas, no Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder

⁵² Sistema de freios e contrapesos pelo qual um poder controla o outro e cada um depende dos outros dois. Nenhum pode impor-se ao outro ou tentar superar os demais.

⁵³ Expressão cunhada por Montesquieu significando que o Juiz deve ser um aplicador mecânico da lei. O Juiz deve ser uma boca inanimada da lei.

Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.

Nesse sentido, abaixo tópico esclarecedor da ementa de um julgado⁵⁴ do STJ:

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

A alegação de que a intervenção judicial criaria uma nova modalidade de beneficiários — os que possuem liminar — e, ainda, que isso alteraria a distribuição de recursos, desviando o orçamento destinado a cobrir os tratamentos básicos para “hipóteses não amparadas pelo administrador”, também não se sustenta como a seguir esclarecido.

Preliminarmente, reporta-se aqui ao que foi dito anteriormente sobre o acesso à justiça (cf. p.65, anterior). Assim, o caso que chega ao judiciário, diante das conhecidas limitações desse acesso, é um percentual irrisório das demandas que ocorrem na sociedade, o que o torna emblemático, simbólico, na medida em que se converte em representante de tantos outros que não conseguem exercer outro direito fundamental que é o acesso à justiça e, assim, têm sua cidadania conspurcada duplamente: quando lhe negam o direito ao medicamento e ao acesso à justiça. Assim, não soa razoável se apoiar numa outra deficiência do Estado brasileiro, colocando a dificuldade de acesso à justiça a serviço de uma subnotificação do problema com vistas a tornar uma causa que é potencialmente coletiva em individual.

Ademais, o magistrado quando convocado pela sociedade a decidir deve, de fato, fazê-lo, relegando ao plano da arqueologia jurídica o preceito de que o juiz se resume a ser “boca inanimada da lei”, na vetusta formulação de Montesquieu. A postura consentânea de um magistrado sintonizado com suas funções constitucionais aproxima-se, com algum temperamento, com a tese de DERRIDA (2007, p.44), segundo a qual um Juiz não deve apenas seguir mecanicamente a lei *mas deve aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a*

⁵⁴ REsp 1041197 / MS, julgado em 25/08/2009. Disponível em www.stj.jus.br

inventasse ele mesmo em cada caso. Ainda de acordo com DERRIDA (2007, p.43), se a decisão do juiz limita-se aplicar a regra, ela será certamente legal, *mas não poderemos dizer que a sua decisão foi justa simplesmente porque não houve, nesse caso, decisão.*

Também, no que concerne à alegação de que a intervenção alteraria a distribuição de recursos, que desviaria o orçamento destinado a cobrir os tratamentos básicos para “hipóteses não amparadas pelo administrador” os argumentos não são sólidos, pois a concessão aqui pretendida deve é se constituir em *feedback* fidedigno das lacunas da política pública para que, em próximo orçamento, seja a necessidade contemplada e assim evite-se a necessidade de intervenção judicial.

Já alegação acerca das “hipóteses não amparadas pelo administrador”, comporta duas análises: a primeira centra-se na ciência política, especialmente pelo fato de a afirmação exibir um viés atrasado de glorificação do Estado, concepção hegeliana há muito superada pela moderna visão de um Estado instrumental ao indivíduo. A outra análise, já com supedâneo na Psicologia Social, será empreendida no decorrer deste estudo quando se analisar a teoria da reserva do possível⁵⁵.

Nos tópicos seguintes, a contestação (cf p.87 anterior) apoia-se na teoria das escolhas trágicas do Administrador e na teoria da reserva do possível.

Antes de percutir a temática dos dilemas com os quais o Administrador se defronta e a sempre complicada relação entre necessidades/possibilidades orçamentárias, impõem-se algumas considerações prévias.

O sociólogo inglês William Isaac Thomas, já em 1928, cunhou a seguinte expressão: “Aquilo que as pessoas assumirem como verdadeiro, mesmo não o sendo, tem consequências verdadeiras”.

Uma das conhecidas aplicações práticas dessa elaboração, que ficou conhecida como Teorema de Thomas, refere-se às operações bancárias: Se muitas pessoas seguem o falso rumor de que seu banco está “quebrando” e todas elas vão retirar seu dinheiro, o banco vai quebrar em realidade, apesar de que a crise começou simplesmente como um rumor destituído de qualquer fundamento.

⁵⁵ Esse princípio foi proposto a partir de um caso em que a Corte alemã julgou ação proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”. Na decisão, Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva — ou seja, o aumento no número de vagas na universidade — *encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.*

Aprofundando estes estudos, na Psicologia Social emerge o conceito de esquemas sociais subjacente à ideia de profecia auto-realizadora. RODRIGUES et al (2000, p.82) aprofundam a elaboração:

A chamada profecia auto-realizadora é uma consequência da ação dos esquemas sociais. Consiste na exibição de um padrão de comportamentos, que, guiado por esquemas, faz com que a pessoa alvo deste comportamento seja influenciada por ele e responda de forma coerente com as expectativas. O estudo de Rosenthal e Jacobson (1968) é um bom exemplo desta tendência: um professor forma um esquema segundo o qual um determinado aluno é desatento; ele age em relação a este aluno orientado por este esquema; o aluno acaba se convencendo de que é mesmo desatento, confirmando assim a profecia do professor de que ele não seria atento em aula.

A relação entre o Teorema de Thomas e da profecia auto-realizadora com a intervenção judicial no fornecimento de medicamentos é simples e pode ser verificada facilmente nos argumentos das escolhas trágicas e da reserva do possível.

Os agentes do executivo sempre repetem essa argumentação, que é geralmente aceita de forma acrítica por boa parte dos magistrados, como foi o caso da 1ª instância do caso em estudo. Enquanto para o demandante a regra do ônus da prova⁵⁶ é levada ao paroxismo, a afirmação dos limites orçamentários, da “escassez”, é aceita de forma mecânica, o que certamente, decorre da assimilação dos esquemas sociais do teorema de Thomas e da profecia auto-realizadora. Não é comum que os entes demandados, quando alegam as escolhas trágicas e/ou as restrições orçamentárias, demonstrarem-nas, anexando comprovação de que, apesar de terem alocado os montantes previstos em lei para a saúde, estarem estes recursos esgotados — ou, ainda, não disporem de outros recursos alocados a festividades, hospedagens, viagens, homenagens, publicidade, todos inquestionavelmente menos prioritários, suscetíveis de remanejamento para a saúde. Aqui a escolha não é trágica: é simples e óbvia diante do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana. Trágica seria a opção entre a saúde e a educação...

De outra vertente, a insuspeita estatística da OMS já apresentada (tópico abaixo transcrito) revela a absurda timidez dos investimentos públicos do país em saúde, não sendo razoável, portanto, falar em escassez e escolhas trágicas, pois, toda a carência e as “escolhas de sofia” são artificiais e decorrentes da baixa prioridade atribuída à saúde na elaboração dos orçamentos. Trágica, por ser teratológica, é a opção por tão baixa prioridade...

⁵⁶ Código de Processo Civil - Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

PER CAPITA EM SAÚDE - 2007 (governamental)	
ALEMANHA	2.758
AUSTRÁLIA	2.266
BRASIL	348
CANADÁ	2.730
ESPAÑA	1.917
REINO UNIDO	2.446
SUÉCIA	2.716

Fonte: WHO

Já encerrando suas considerações, a União transcreve prestigiada doutrina da lavra da Prof.^a Ana Paula de Barcellos à guisa de relatar o envolvimento emocional do magistrado, tese que foi discutida anteriormente *en passant* (cf. p.84 anterior) quando se mencionou o mito da neutralidade do Juiz com apoio no pensamento do Prof. Luiz Roberto Barroso. Ora, o envolvimento emocional, que deriva também do passado e da memória do magistrado, é inerente a qualquer ser humano e, se assim se pensar, a função judicante teria que ser extinta, pois a questão do fornecimento de medicamentos é apenas uma das tantas com densa carga emocional que são submetidas a julgamento. E mais: será que o Administrador que distribui o orçamento pelas diferentes rubricas (muitas vezes alterando o orçamento votado no parlamento), consegue atingir a neutralidade e assim se abstrair das influências pessoais e externas que lhe são impostas?

4.4 análise das decisões do magistrado de 1ª instância.

Entendeu o magistrado que não deveria conceder a liminar pelo grande lapso de tempo decorrido entre a prescrição do medicamento e o ajuizamento da ação. A prescrição é de novembro de 2008 e a ação foi ajuizada em março de 2009. Não sensibilizou o magistrado a informação prestada na inicial que a paciente-autora tentou, à exaustão, obter o medicamento pela via extrajudicial, o que explica e justifica a demora no acionamento da prestação jurisdicional do Estado. Assim, o sofrimento das sucessivas negativas na via administrativa foi potencializado pela negativa da liminar.

Embora a sentença não tenha acolhido a arguição de ilegitimidade passiva, o fez segundo um fundamento diametralmente oposto à previsão constitucional de efetiva, plena e imediata fruição dos direitos sociais, entre eles o da saúde. A alegação de que a União é legitimada a responder à demanda pela circunstância de o medicamento não estar padronizado, não constar de lista e só o Governo Federal poder incluí-lo implica deixar ao

exclusivo alvedrio do Administrador fornecer ou não um medicamento essencial à saúde, ou sobrevida, da paciente. Como já se mencionou (p.76, anterior) a RENAME, por exemplo, que se restringe ao que há de essencial à saúde, num espaço de tempo de 42 anos foi atualizada apenas nove vezes, o que revela um perfil pouco permeável às inovações da indústria farmacêutica.

Mas, ainda que fosse atualizada, suponha-se, semestralmente, o argumento não se sustenta. Elaboração de listas, divisão de funções, enfim, todas essas medidas administrativas são meios desejáveis e potencialmente conducentes à eficiência e eficácia do sistema, mas são meios e, afinal, não se pode subverter os fins pelos meios. Assim, a União é legitimada passiva, sim, mas porque é um dos componentes solidários do Sistema que se reporta ao Poder Público que é uno. A elaboração de listas decorre de episódicas estratégias de administração e, não raro, são mecanismos de contenção de despesas.

No tópico seguinte da sentença, o magistrado adota a tese das “escolhas difíceis”, mencionado a doença da paciente-autora a qual qualifica como rara. Enfoca que o dispêndio tão vultoso com um paciente, colocaria em risco outros possíveis beneficiários com necessidades equivalentes. Ora, se a própria sentença reconhece que a doença é rara, por certo, não haverá grande impacto no orçamento, pois poucos dela padecerão não gerando, assim, demanda apreciável.

No curso da sentença, o magistrado desenvolve um peculiar raciocínio para definir o que entende por público-alvo de sua política pública: deve ser atendido o maior número pessoas. Embora procure relativizar, admitindo que se atenda um número reduzido de pessoas, o cerne da argumentação é que se atenda a maioria. Ora, este posicionamento colide frontalmente com os pilares fundamentais das políticas públicas definidos constitucionalmente, quais sejam, a universalidade e a integralidade. Uma patologia que atinja um, e apenas um, indivíduo não poderá jamais implicar a sua desproteção — isso seria afrontar o ordenamento constitucional, violando um seu fundamento que é o absoluto prestígio à dignidade da pessoa humana.

Quanto à afirmação de que o Ministério da Saúde não informou da existência de “algum universo de indivíduos cujo número pudesse vir a caracterizar uma coletividade, destinatária natural de auxílios públicos de saúde” é indicativa das dificuldades que o usuário do SUS enfrenta: no âmbito administrativo, tem negado o fornecimento do medicamento vital para uma sobrevida digna; na via judicial, um magistrado aguarda que o Ministério da Saúde informe os níveis de incidência da patologia para, só então, aferir a procedência do pedido?

Ora, se atribuiu à informação esse relevo, por que não a requisitou o magistrado? O que significa, afinal, “coletividade destinatária natural de auxílios públicos de saúde” ? Ora, destinatários naturais de auxílios públicos de saúde são todos os que estiverem em território brasileiro segundo a previsão constitucional. E mais: num ambiente processual em que os entes públicos tentam, a todo custo, se eximir de suas responsabilidades, soa ingênuo pensar que o demandado fosse argumentar informando que há um grande contingente de pessoas padecendo dessa peculiar forma de enfisema pulmonar.

No que tange a não se poder impor ao erário um sacrifício daquela magnitude para atender a uma só pessoa, sob a alegação que isso comprometeria o atendimento a outras pessoas, cabe lembrar reflexão atribuída a Montesquieu segundo a qual “a injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos”. Acresça-se a isso que o ordenamento jurídico que rege a matéria não impõe a condição de que o enfermo deva se “sindicalizar”, se “associar” em grupos de sofrimento da mesma patologia para que sua pretensão seja considerada. Por fim, porém não menos relevante, é de se destacar a forma acrítica com que se acolheu a afirmação de que não há recursos, de que haveria comprometimento de outros programas. Que provas a União apresentou disso? O acolhimento de semelhante alegação deveria ter sido precedido de provas documentais de que o orçamento recebeu as destinações legais, que estas estavam exauridas e mais: de que não havia outras disponibilidades em outras rubricas de menor prioridade suscetíveis de remanejamento (cf p. 47, 99 anteriores).

4.5 análise do voto do relator e do único voto dissidente.

Já de início, pode-se verificar a premissa epistemológica que presidirá o voto, qual seja, adotar como ponto de partida hermenêutico a Constituição. Conquanto devesse ser uma obviedade, verificam-se ainda interpretações de situações fáticas partindo de códigos e de outros conteúdos normativos infraconstitucionais, em evidente inversão exegética. Assim, o voto principia por prestigiar as previsões constitucionais de que o direito à saúde é um direito fundamental e que tem aplicação imediata (Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata).

Na sequência, o relator menciona que o Supremo Tribunal Federal (que é quem cabe, afinal, zelar, em última instância, pela aplicação da Constituição), já se posicionou sobre este tema interpretando o Art. 196 da Carta Magna, entendendo que ali está assegurado o direito

ao medicamento (Agravo de Instrumento nº 238.328/RS⁵⁷). E nesse mesmo julgado do STF, citado no voto, pode-se verificar a posição acerca da sempre alegada ilegitimidade passiva da União:

A referência, contida no preceito a “Estado”, mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Prosseguindo, o relator empreende oportuna análise sobre as sempre citadas listas. São a RENAME, REMEME, REMUME, Componentes Estratégicos, programas específicos para certas morbidades, etc. Não é objetivo deste estudo discutir estratégias administrativas que, em tese, são instrumentos valiosos para que o SUS cumpra melhor a sua finalidade que é a assistência. Logo, podem e devem ser adotadas em benefício do usuário e não para servir de amparo para que se lhe negue a assistência.

Ainda na discussão orçamentária suscitada na sentença de 1º grau, o voto discorda de que o fornecimento do medicamento possa se constituir em ônus imprevisto quando da elaboração do orçamento, pois o que se busca é garantir o direito de um segurado. Ainda em defesa da posição do voto poder-se-ia afirmar que a doença de que padece a paciente-autora é rara, na medida em que atinge a poucas pessoas, mas tem diagnóstico há muito tempo. Portanto, o poder público que elabore uma série histórica da incidência da patologia e se acautele estimando e reservando recursos orçamentários para o seu atendimento e assim cumprir os desígnios constitucionais.

Nessa mesma direção, andou o voto quando analisou a argumentação da sentença monocrática no sentido de se estava diante de um *hard case*. Admitindo que fosse um *hard case*, ainda assim, há tempo a Economia, a Administração e as Ciências Contábeis dispõem de soluções para situações tais. Na atividade de elaboração de orçamentos, a reserva para situações imprevistas é providência elementar em qualquer orçamento sério, assim como, os planos de contas das sociedades empresárias têm lá suas provisões para “devedores duvidosos”, como bem sabem os contabilistas. Todavia, o voto sequer considerou o caso nesta classificação, destacando, acertadamente, que “determinadas doenças, especialmente já reconhecidas cientificamente quanto à sua existência e tratamento, devem ser incluídas no rol

⁵⁷ Disponível em www.stf.jus.br

daquelas que merecem a implementação de políticas, notadamente quando há sério e concreto risco de morte quanto aos doentes, como é o caso presente.”

Por fim, o relator vota pela concessão da antecipação da tutela, negada em 1ª instância, o que, mesmo com um voto divergente, foi concedida, estando a paciente assistida.

O voto dissidente fundamenta-se na centralidade das citadas listas, valendo aqui tudo o que já se disse, reconhecendo-as como uma possível aplicação da divisão de trabalho no sentido weberiano da burocracia estatal, porém, refutando a possibilidade de que se constituam em elementos de análise aptos a influir na efetividade dos direitos. A posição formalista do voto vencido em 2ª instância, além da recorrente busca da lista e argumenta que a concessão da antecipação dos efeitos da tutela iria determinar a aquisição sem licitação⁵⁸ o que, na sua visão, não ocorreria em países de primeiro mundo porque que naqueles países há sempre políticas públicas para isso.

A parte final da assertiva reforça a falha do Poder Público entre nós. Se aqui houvesse uma política pública mais abrangente, mais permeável às necessidades do usuário, não se estaria a discutir a intervenção judicial no suprimento de medicamentos. Trata-se de transferir para o usuário, destinatário e razão de ser do SUS, encargos que são do Poder Público: incluir o medicamento nas listas e promover a licitação. Bastaria que o Poder Público mantivesse arquivos das séries históricas das demandas e as incluísse nas listas, promovendo às licitações necessárias com vistas a antecipar-se às demandas.

⁵⁸ Ainda assim, a Lei de Licitações prevê dispensa de licitação para esta hipótese, conforme inciso IV, do Art. 24, da Lei nº 8.666/24, o que viabilizaria a aquisição de um estoque mínimo do medicamento, enquanto se providenciaria a licitação que, se adotada a modalidade de Pregão na versão eletrônica, teria tramitação mais célere.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não por acaso, a questão da judicialização da saúde tornou-se um dos assuntos mais candentes na sociedade brasileira atual. No que concerne à temática aqui abordada, a concessão de medicamentos pela via extraordinária judicial, esta tem como catalisadores, de um lado, o desenvolvimento da pesquisa que concretiza na indústria farmacêutica o suprimento de novas drogas que, de fato, garantem melhor qualidade de vida das pessoas, do que é um dos indicadores mais expressivos o aumento da expectativa de vida; de outro lado, a medicalização da sociedade, potencializada por vigoroso marketing que induz necessidades artificiais, impedindo ou dificultando o uso racional do medicamento, dimensão virtuosa da Política Nacional de Medicamentos.

Emoldurando esse quadro, a emergência do poder de reivindicação das pessoas que, embora não tenha tido uma ascensão linear, apresentando momentos de refluxo, como é o caso do ressurgimento do liberalismo e sua imposição de Estado mínimo, esta se verifica na média, o que se reflete na busca torrencial por medicamentos demandados também junto ao Poder Público. Assim, subjaz ao tema o inevitável corolário da emergência dos direitos sociais que é a repercussão financeira decorrente do exercício desses direitos.

A Constituição de 1988 promove um giro conceitual no tratamento do tema, como pode ser verificado na peculiaridade de ser a “primeira constituição brasileira a iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias, para, então, tratar do Estado, de sua organização e do exercício dos poderes” (PIOVESAN, 2008, p.1).

Ainda para acentuar o relevo da carta magna vigente, deve-se destacar que, apesar de a Constituição de 1934 já mencionar os direitos econômicos e sociais, é a atual Constituição que os erigiu ao significativo *status* de direitos fundamentais e lhes conferiu aplicação imediata. De se destacar, ainda, que nenhuma outra constituição brasileira anterior teve tanta participação popular na sua elaboração, o que se deu por intermédio das emendas populares.

Entretanto, a carta política brasileira emerge num momento em que vicejava o neoliberalismo, sentindo o mundo os reflexos de Thatcher e Reagan no poder, a debilitação das fronteiras dos Estados, a abertura para os grandes conglomerados financeiros transnacionais, reservando-se ao Estado o papel coadjuvante atribuindo-lhe uma atrofia designada por Estado mínimo — o fim da história⁵⁹.

⁵⁹Francis Fukuyama publicou em 1989 o livro “O fim da historia e o último homem” no qual defendia a tese de que, diferentemente do que pensavam os marxistas, o ponto final da história é a democracia liberal e seu modelo

É esse o quadro político, econômico e ideológico que, apesar de percalços como a recente crise mundial, projeta efeitos de mais distintos matizes. De início, um componente psicológico que incute no imaginário social a ideia de um pensamento único, descartando ideias divergentes como atrasadas, retrógradas. Ser moderno, afinal, é ser globalizado, moderno é privatizar, o Estado nada consegue fazer de bom, etc.

Há, ainda, o inegável e inevitável custo dos direitos sociais. Aqui, há de se concordar até com Milton Friedman⁶⁰: *There is no such a thing as a free lunch*. Sim, a efetivação de direitos sociais implica custos — como, de resto, todos os direitos são potencialmente geradores de dispêndios. Todavia, o uso de uma força policial para defender uma propriedade privada, ou a promoção de eleições, demandam também grandes capitais públicos, mas não causam tanta polêmica porque seus usuários detêm potencialmente maior poder de influenciar a definição das agendas públicas.

Assim, esse quadro tem produzido engenhosas justificativas para sonegar ao usuário do SUS — em tese, todos os presentes no território nacional — a plena efetividade aos direitos sociais. Possivelmente, a mais expressiva dessas justificativas ao cerceamento do exercício do direito ao fornecimento de medicamentos, espécie do gênero direito social, seja a que repousa sobre a ausência de recursos, quando normalmente se evoca a teoria da reserva do possível.

Normalmente, a aplicação dessa teoria nas contestações e nas decisões que as acolhem não resiste ao mais elementar exercício de lógica, incidindo no vício da petição de princípio⁶¹: “não há recursos, então não forneço o medicamento porque não há recursos para tal”. A falta de recursos é sempre alegada, raramente provada. Apesar da inconsistência lógica do argumento, acaba por se disseminar e, mediante esquemas sociais, evolui para profecias auto-realizadoras que se traduzem na sempre baixa prioridade nos investimentos públicos em saúde.

econômico neoliberal. Ideólogo do Governo Reagan, lançou as bases teóricas do Estado mínimo e outras ideias neoliberais. Outra obra teórica, esta de maior densidade, é “O Caminho da servidão” de Friedrich A. Hayek.

⁶⁰ Defensor do livre mercado, foi um dos economistas mais influentes dos últimos 50 anos; Ronald Reagan, Margaret Thatcher, economistas e políticos que fizeram as reformas de cunho liberal na América Latina nos últimos 20 anos o cultuavam. Modernizou a teoria do livre mercado e influenciou pessoas e ideias sem nunca ter participado diretamente do poder. Herdeiro intelectual de Adam Smith (1723-1790) e da teoria do “laissez-faire” acredita que o melhor governo é o que governa menos. A única ação reservada ao governo seria a de controlar a oferta de dinheiro, reativando um superado monetarismo, fora de moda na época. Popularizou no léxico mundial a expressão “There is no such a thing as a free lunch” (“Não existe almoço de graça”), provavelmente originada nos EUA do século 19, título de um livro seu de 1975. Significa a aterrorizante profecia de que, sempre que o governo gasta dinheiro com iniciativas populares, é a própria população que acaba pagando a conta depois.

⁶¹ A petição de princípio é uma falácia em que se tenta provar uma conclusão com base em premissas que já a pressupõem como verdadeira. Ou então: é a tentativa de demonstrar algo adotando como fundamento o que se quer provar.

O caso apresentado é emblemático de tantos outros e permite relacionar algumas observações:

1. o acesso a medicamentos pela via judicial não é assim tão fácil como se o usuário do SUS saísse de uma consulta médica direto para o fórum “aviar” a sua receita;
2. mesmo no caso analisado em que a paciente está à morte, com prescrição médica, com declaração do próprio Ministério da Saúde de que nem esse medicamento e nem algum sucedâneo constam de qualquer de suas listas, o magistrado não acolheu o pedido;
3. o caso em estudo não fugiu à regra: o magistrado de primeiro grau recorreu à cantilena da falta de recursos, à ameaça que o atendimento do direito indiscutível da paciente-autora representava para potenciais grupos que apresentassem demandas semelhantes; não há, todavia, nos autos qualquer comprovação de que a União não dispusesse de tais recursos, valendo a afirmação da União como verdade aceita de forma acrítica e incontestável;
4. da perspectiva deste estudo, essa aceitação de forma dogmática acerca das alegações de falta de recursos não se vincula a qualquer desvio de conduta sob o ponto de vista ético; antes, decorre da técnica de gerar crenças, inocular profecias auto realizadoras, que acabam por naturalizar uma carência de recursos que, como denuncia a OMS, decorre do baixo nível de investimento estatal na saúde, derivado de má hierarquização das prioridades orçamentárias;
5. no caso analisado, mesmo diante de alguns percalços, a autora foi beneficiada por uma correção de rumos manejada na 2ª instância, materializada no voto do relator, acompanhado por outro componente da Turma.
6. as listas e os programas focais da Política Nacional de Medicamentos, são meios, são estratégias de administração, não podendo se converter em fins do SUS. Para que se extraia algum mérito da política focal, impõe-se que o foco principal seja sempre o usuário, desprezando qualquer ação desviante desse objetivo.

Sinteticamente, aqui se defendeu a atuação residual do Judiciário, atuando nos hiatos que as Políticas Públicas impõem às pessoas. Negar que o Judiciário, quando provocado, atue determinado as correções de rumo, convergindo a atuação dos demais poderes para a senda da legalidade, significaria um movimento de arqueologia jurídica, ressignificando o Judiciário como *a boca inanimada da lei*, divorciado das funções que lhe foram atribuídas pelo Poder Constituinte.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

ARENDT, H. *Sobre a Revolução*. Lisboa: Moraes Editores, 1971.

_____. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

_____. *Entre o Passado e o Futuro*. 2ª ed., São Paulo: Perspectiva, 1972.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da constituição brasileira de 1988. In: _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERGSON, Henri. *Evolução criadora*. Trad. Bento Prado Neto. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2005.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen G. Varriale. et al. 11.ed . 2v. Brasília: Ediotra Universidade de Brasília, 1998.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3ª edição. Trad. de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *A era dos direitos*. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODSTEIN, Regina Cele de A. *Cidadania e modernidade: emergência da questão social na agenda pública*. Cad. Saúde Pública [online]. 1997, vol.13, n.2, pp. 185-193. ISSN 0102-311X. doi: 10.1590/S0102-311X1997000200002.

_____. *Políticas e serviços de saúde na perspectiva sociológica* (notas metodológicas) 1997 pp. 219-226. In A.M. Canesqui (org.) Ciências Sociais. Hucitec-Abrasco, São Paulo-Rio de Janeiro.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *Coisas ditas*, S. Paulo, Brasiliense, 1990.

BOVARD, James. *Lost rights: the destruction of American liberty*. Nova York: St. Martin's Press, 1994.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Federal de Assistência Farmacêutica 1990 a 2002*. / elaborado por Barjas Negri. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002. 44p. ISBN 85-334-0601-0.

BUSS, Paulo Marchiori. *Promoção da saúde e qualidade de vida*. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2000, vol.5, n.1, pp. 163-177. ISSN 1413-8123.

_____. Constituição (1988). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BURGOS, Marcelo Baumann; Salles, Paula Martins; *Dezessete anos de judicialização da política* in Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, pp 39-85, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999;

CARVALHO, Jose Murilo de. *Cidadania no Brasil – o longo caminho*. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. “*Em busca da Judicialização da Política No Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem*, Revista Sociologia Política, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Uma crônica do salário. Trad. Iraci D. Poleti. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DRAIBE, Sonia Maria. *Welfare state no Brasil: características e perspectivas*. *Ex.Mimeo*

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

_____. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTEVES, J.L.M. – “*Cidadania e Judicialização dos conflitos sociais*”, Revista Jurídica da UNIFIL, 2004. Disponível em http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_02/ANO1_VOL_2_04.pdf

FARIA, Jose Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros Desafios*, in ESTUDOS AVANÇADOS 18 (51), 2004

_____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORI, José Luís. *Estado do Bem-Estar Social: Padrões e Crises*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1997. Disponível em www.iea.usp.br/artigos

FONTES, Andre Ricardo Cruz. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. São Paulo: Del Rey, 2002.

Esboço teórico sobre o abono anual no direito previdenciário. In FOLMAN, Melissa & FERRARO, Suzani Andrade (coordenadoras). *Previdência.* Entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

FLORES, Alfredo de J. *O estudo de casos na perspectiva da metodologia jurídico-filosófica* Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. V.4. n3. Santa Maria 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. & CIDAD, Felipe Germano Gacicedo. *Função social no direito privado e constituição.* In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Org) *Função social no direito civil* .2. ed. São Paulo: ATLAS, 2008, p.25/26.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas.* 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

GOMES, Ângela Maria de Castro. *Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil.* Rio de Janeiro: Campus, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.* Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. I e II.

HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos.* 1ª ed., São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites.* Trad. Maria Luiza X.de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HOLANDA , Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* 26. ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem.* Trad. Waltensir Dutra 20 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos.* Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IANNI, Octavio. *A sociedade global.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado,* Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 207-208

KOERNER A.& MACIEL, D. A. - *Sentidos da judicialização da política: duas análises, in LUA NOVA Nº 57— 2002;*

LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 06 jul. 2010.

LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. *A judicialização da política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

MATTOS, Ruben Araújo. *Os sentidos da integralidade algumas reflexões acerca dois valores que merecem ser defendidos*. Disponível em http://www.lappis.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=25&inford=&tpl=view_participantes

MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad Sylmara Belletti. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ORTEGA Y GASSET, Jose. *A rebelião das massas*. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PIOVESAN, Flávia & CARVALHO, Patrícia Luciana de. *Políticas para garantir acesso aos medicamentos no país*. Revista Consultor Jurídico. On line. Disponível em : http://www.conjur.com.br/2008-mar-14/politicas_garantir_acesso_aos_medicamentos_pais?pagina=18

RODRIGUES, Aroldo. ASSMAR, Eveline Maria Leal & JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. 18 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Goiânia: Editora da UFG, Brasília: Editora da UnB, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais n. 48 p 11-32 Jun 97. Disponível em http://www.ces.uc.pt/rccs/index.php?id=628&id_lingua=1. Acesso em 18/06/2010

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Do pensamento único à consciência universal. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e Justiça*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1986..

SENNÁ, Mônica de Castro Maia et al. *Programa bolsa família: nova institucionalidade no campo da política social brasileira?*. **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. 1, Junho 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802007000100010&lng=en&nrm=iso>. access on 05 Dec. 2010. doi: 10.1590/S1414-49802007000100010.

_____ (coord.) *Implementação da integralidade na organização dos sistemas municipais de saúde* - um estudo na região metropolitana do Rio de Janeiro. Niterói: UFF, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVOLARO Sergio B.F. - *Quando discursos e oportunidades políticas se encontram*. Revista Novos Estudos – CEBRAP, n. 81. Julho 2008 p-117-136

WALLERSTEIN. Immanuel. *Universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WEBER, Max. *Economia y sociedad. esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

_____. *Ciência e política duas vocações*. Trad. Jean Melville. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

WERNECK VIANNA, Luiz et al – *A Judicialização das Relações e da Política Social no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 2008.