

Direitos Sociais contra os Pobres

Carlos Portugal Gouvêa

Introdução

O principal argumento deste trabalho é o de que o discurso de direitos e econômicos e sociais no Brasil foi capturado por grupos econômicos privilegiados e, de tal forma, a proteção constitucional de tais direitos deixou de cumprir seu papel principal na redução da desigualdade econômica.

Tal resultado é fruto de uma combinação de fatores ligados ao desenvolvimento histórico do sistema jurídico e constitucional brasileiro. O primeiro fator é o patrimonialismo, enraizado na cultura jurídica e nas instituições brasileiras. Neste trabalho, patrimonialismo será utilizado como conceito para explicar a não separação institucional entre recursos públicos e privados e a concomitante concentração de poder econômico e político nas mãos de poucos.

O segundo fator é estrutural e está presente em todas as sociedades em que se busca utilizar o Judiciário como forma de transformação social, qual seja, o de que a distribuição de recursos jurídicos, necessários para a proteção de direitos perante cortes judiciais, é desigual. A consequência de tal desigualdade é que aqueles que têm maior acesso a recursos jurídicos terão maior proteção de seus direitos. Como resultado, a proteção judicial de direitos econômicos e sociais por meio do Judiciário tende a proteger mais aqueles

indivíduos com mais recursos, contradizendo assim o objetivo da proteção constitucional de tais direitos, que é o de reduzir a desigualdade econômica e social.

O argumento proposto neste trabalho tem caráter tanto local quanto universal. O que se pretende demonstrar é simplesmente que é contraditório proteger quaisquer direitos econômicos e sociais como direitos individuais. Tal argumento é válido em qualquer sociedade, mas a extrema desigualdade social prevalente no Brasil apenas ressalta a validade de tal postulado aplicável a qualquer outro sistema jurídico.

Isto porque o principal mecanismo disponível para proteção de direitos individuais na sociedade moderna é a sua defesa por meio de ações apresentadas perante cortes judiciais e, em alguns casos, a realização de procedimentos administrativos prévios. Em todos os casos, a proteção de tais direitos exige conhecimento e recursos jurídicos significativos. Ou seja, existe uma probabilidade muito grande de que os mais pobres não tenham acesso a tais recursos de proteção de seus direitos econômicos e sociais, de forma que tais recursos acabem privilegiando apenas aqueles que menos precisariam de tais proteções. De tal forma, a proteção dos direitos econômicos e sociais considerados como direitos individuais acabaria por ter um efeito distributivo negativo na sociedade, deixando de privilegiar os mais pobres e reforçando a desigualdade econômica.

Recentemente, um tema que tem chamado particularmente a atenção de cientistas sociais e juristas, assim como das cortes superiores do Brasil, é a judicialização do direito à saúde, particularmente no que diz respeito ao direito à distribuição gratuita de remédios. A utilização do Judiciário para garantir tal suposto direito à distribuição gratuita de remédios e, como se verá em maiores detalhes, quaisquer remédios, tornou-se quase que patológica,

crescendo de tal forma nos últimos anos a ponto de causar uma potencial crise institucional com um conflito entre o Judiciário e diversos níveis do Executivo. De acordo com o Departamento de Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde, os valores gastos pelo governo federal com remédios de alto custo concedidos por meio de decisões judiciais aumentou de R\$ 2,24 milhões em 2005 para R\$ 132,58 milhões em 2010.¹ Ou seja, um aumento de absolutamente 5.918,75% em apenas cinco anos. Tal conflito gerou, primeiro, a convocação de uma audiência pública sobre a matéria pelo Supremo Tribunal Federal e, logo após, a edição de nova lei sobre a matéria para restringir a ação do Judiciário.

Considerando o exposto acima, o presente trabalho será dividido em três partes. A primeira será uma discussão do contexto histórico brasileiro de patrimonialismo e das origens da desigualdade econômica no Brasil. A segunda parte será dedicada à discussão do debate teórico sobre a proteção constitucional dos direitos econômicos e sociais, principalmente no contexto do chamado “novo constitucionalismo”, acompanhada de uma interpretação da estrutura de proteção de direitos econômicos e sociais presente na constituição brasileira. A terceira parte será um estudo de caso, dedicado ao estado atual da judicialização do direito à saúde no Brasil, com atenção particular à concessão gratuita de remédios e a nova legislação sobre a matéria. Como conclusão, este trabalho apresentará uma discussão sobre o parâmetro mais adequado para o julgamento de ações judiciais individuais relacionadas à proteção de direitos econômicos e sociais, assim como as conclusões que este estudo de caso pode trazer para a teoria constitucional como um todo.

¹ Agência Estado, em 28 de abril de 2011, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,sobe-5000-gasto-do-governo-com-remedio-via-justica,711958,0.htm>, conforme verificado pela última vez em 8 de maio de 2011.

1. Democracia e Desigualdade

O presente trabalho está inserido no contexto de um tema tradicional da teoria constitucional, que é a capacidade do Judiciário para realizar reformas sociais, particularmente em relação às estruturas econômicas da sociedade. É um tema universal, mas que pode ser observado com cores mais fortes no caso do Brasil em função da sua imensa desigualdade social.

Historicamente, a desigualdade social no Brasil não pode ser explicada sem uma atenção especial à estrutura governamental. A tradição do debate sobre desigualdade social é olhar para o setor privado como origem de assimetrias. No caso brasileiro, é preciso também olhar para o Estado como fonte da desigualdade, justamente em função da sociedade ser, ainda hoje, marcada pelo fenômeno chamado de patrimonialismo. O patrimonialismo foi um conceito desenvolvido originalmente por Weber, no qual se interpretava que sociedades medievais seriam caracterizadas pela falta de separação entre propriedade privada e propriedade estatal.² A propriedade estatal era a propriedade do príncipe e todos os serviços públicos eram financiados pelos recursos privados do próprio príncipe, ao ponto em que a propriedade privada dos súditos era restrita. Um dos principais elementos da transição para a sociedade moderna seria, então, a criação de um sistema burocrático, com a organização do Estado com recursos próprios, separados dos recursos privados de seus cidadãos. Tal separação seria uma exigência do capitalismo moderno com a necessidade de criação de um governo eficiente, com ações que pudessem ser previstas, de forma a fundamentar o desenvolvimento dos empreendimentos inicialmente mercantis e depois industriais.

² Max Weber, *ECONOMY AND SOCIETY*, University of California Press, 1978, p. 231.

Para Weber, o sistema de democracia eleitoral foi uma evolução natural do sistema burocrático, que exigia a incorporação de certa alternância na ocupação de postos públicos, sistema eleitoral cumpria o papel de criar certa competição para fundamentar tal processo. De tal forma, o capitalismo moderno, com o surgimento concomitante de grandes empresas e de uma classe média consumidora, exigiria a modernização do governo, com o surgimento de uma burocracia estatal, controlada por um sistema democrático competitivo. O resultado seria uma maior distribuição tanto do poder político quanto econômico.

Tal descrição, por sua simplicidade e adequação ao contexto do desenvolvimento do capitalismo e do Estado moderno europeu, assumiu contornos de verdade universal. O caso brasileiro, em grande medida, desafia tal teoria, ou, pelo menos, a interpretação de que tal processo de modernização seria natural. A modernização da sociedade e economia brasileiras se deu com a manutenção da desigualdade social e do patrimonialismo.

Raymundo Faoro, um dos maiores juristas brasileiros, explicou o processo pela qual tivemos a manutenção do patrimonialismo mesmo com o desenvolvimento de uma burocracia e da industrialização da economia com base em nossa história colonial. O argumento seria o de que, no Brasil, formou-se uma estrutura social híbrida entre a estrutura feudal e a sociedade moderna capitalista. Segundo Faoro, a sociedade colonial brasileira não teria se estruturado em classes sociais, como a sociedade medieval européia, mas sim em uma separação mais fluida entre um estamento superior e o resto da sociedade.³ Tal estamento superior não seria absolutamente separado do grupo social subalterno e também não teria um caráter estritamente hereditário como no caso da nobreza medieval. Sua maior característica

³ Raymundo Faoro, OS DONOS DO PODER: A FORMAÇÃO DO PATRONATO POLÍTICO BRASILEIRO (Globo, 1975).

seria a concentração desproporcional de recursos políticos e econômicos nas mãos de um grupo social com valores comuns.

Teria sido a formação de tal estrutura híbrida que permitiu a preservação do patrimonialismo mesmo frente ao processo de industrialização do Brasil no século XX, e independente de outras transformações sociais como a própria consolidação de sistemas eleitorais e da industrialização da economia. Pode-se concluir também que teria sido este o motivo da preservação da extrema desigualdade social no Brasil, mesmo considerando-se a modernização da economia, a qual, em outros países, levou a uma maior igualdade econômica como meio de criar um grande mercado consumidor para os produtos industrializados.

O argumento aqui apresentado busca apresentar uma explicação histórica para um verdadeiro desafio intelectual em relação à sociedade brasileira, que seria identificar uma razão para o fato de que significativas transformações jurídicas, que em outras sociedades tiveram efeitos quase que revolucionários, como o fim da escravidão e a organização de um estado de bem estar social, no caso brasileiro não terem tido um impacto significativo na redução da desigualdade econômica e social.

A desigualdade econômica no Brasil no final do século XX era a mesma do início do século, e ainda hoje se mantém entre as maiores do mundo. De fato, a partir de 1930 foi iniciado um processo de proteção estatal dos direitos dos trabalhadores e de formação de um sistema nacional de seguridade social. No entanto, tais instrumentos, reconhecidos como eficientes mecanismos de controle econômico anticíclico e de redução da desigualdade econômica, não tiveram qualquer efeito positivo para a melhora da distribuição de renda e recursos econômicos no Brasil.

A questão que se apresenta em relação ao momento presente é se as transformações das últimas décadas, em particular a incorporação dos direitos econômicos e sociais como direitos constitucionalmente protegidos, representam uma efetiva transformação ou são apenas um novo capítulo nesta história de transformações sociais sem redistribuição de renda e eliminação de elementos patrimonialistas que caracterizam a sociedade brasileira.

O processo de democratização no Brasil de fato teve uma característica que tende a levar à conclusão de que seus elementos foram viciados pela continuidade do patrimonialismo. A principal teoria política para explicar o procedimento ocorrido no Brasil e em diversos outros países latino-americanos foi a chamada “teoria dos pactos das elites”, a qual previa uma transição dos regimes militares baseada em uma série de pactos entre grupos da elite militar, política e econômica dos países em transição.

De acordo com este modelo teórico, a transição apresentaria três momentos: (i) um momento militar; (ii) um momento político e (iii) um momento econômico⁴. O momento militar teve lugar quando os ditadores adotaram uma postura moderada, por meio de pactos estabelecidos entre os militares e as elites políticas. Estes pactos não seriam sustentáveis no longo prazo, criando uma oportunidade para novos pactos somente entre as elites políticas, excluindo então os militares. Neste momento político, seria necessário organizar elementos do sistema político como o sistema eleitoral; finanças partidárias; distribuição dos distritos eleitorais; um mecanismo para distribuição de cargos públicos e orçamento; assim como um mecanismo de negociação de conflitos que surgissem do próprio pacto. Num terceiro momento chegaríamos às transformações políticas, ficando assim a promessa de que tais

⁴ Vide O'DONNELL, G.; SCHMITTER, P. *Transitions from Authoritarian Rule*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1986. p. 37-47.

pactos iriam possibilitar “transformações marginais e graduais na profunda desigualdade econômica e social”⁵.

Como se percebe, a própria explicação teórica do processo de transição mais recente para a democracia parece indicar a continuidade do longo movimento histórico de preservação do estamento patrimonialista. De fato, no caso brasileiro, vários elementos da estrutura de poder vigente durante os regimes militares foram mantidas intactas no processo de democratização. Em particular, não ocorreram mudanças significativas no sistema eleitoral, na divisão e estruturação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no sistema policial e penal e na organização do Judiciário. Ou seja, alguns aspectos essenciais da distribuição de poder no Estado brasileiro foram mantidos sem qualquer alteração substantiva.

Será que podemos dizer o mesmo em relação aos direitos econômicos e sociais? Em alguns casos, felizmente não. A Constituição Brasileira de 1988 de fato trouxe algumas inovações que ainda não tiveram seu valor devidamente reconhecido pelos constitucionalistas brasileiros, particularmente em relação à proteção de direitos econômicos e sociais. Nas áreas de educação, saúde e reforma agrária, o processo constituinte foi sujeito a uma intensa pressão social, e tal pressão resultou em um texto legal que se distanciou profundamente da tradicional perspectiva de proteção de direitos individuais, passando a adotar um perfil de desenvolvimento de políticas públicas. Este é justamente o tema do capítulo seguinte.

⁵ Ibid, p. 44.

2. O Novo Constitucionalismo: o Judiciário como Meio de Transformação Social?

Na última década, muitos autores parecem ter desenvolvido um grande entusiasmo sobre a constitucionalização de direitos fundamentais em diversos países. O entusiasmo parece maior quando se trata de países em desenvolvimento. Em particular, a África do Sul tem sido objeto de inúmeras análises, sendo a maior parte delas centradas em um constante elogio ao trabalho da corte superior deste país pelas boas e criativas decisões com relação a temas importantes para a consolidação da democracia após o fim do regime de *apartheid*.⁶ Países latino-americanos também foram objeto de tais esperanças, como a Colômbia, a Argentina e o Chile.

O Brasil tem ficado de fora deste debate internacional, em grande parte em função da tradição de nossa corte superior em demonstrar deferência em relação às decisões do poder executivo. Por outro lado, a Constituição Brasileira de 1988 foi generosa na criação de um amplo rol de direitos fundamentais em seu artigo 5º, somados aos direitos econômicos e sociais previstos em seu artigo 6º. Com tal amplo rol de direitos, o debate constitucional não se centra na incorporação ou não de tais direitos no texto constitucional, mas sim na forma adequada de efetivar tais direitos em um país ainda em desenvolvimento e no papel do poder Judiciário neste processo.

No entanto, é extremamente interessante comparar o debate nacional com a forma que tal movimento de constitucionalização de direitos fundamentais é interpretado no debate internacional, sob o rótulo do chamado “novo constitucionalismo”. Parece existir na literatura

⁶ Frank I. Michelman, "The Rule of Law, Legality and the Supremacy of the Constitution" in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 11-4 (Matthew Chaskalson, Janet Kentridge, Jonathan Klaaren, Gilbert Marcus, Derek Spitz & Stuart Woolman eds., Juta, 2005).

uma grande esperança com o surgimento de tal “novo constitucionalismo”, o qual representaria uma expansão global da democracia com uma maior proteção dos direitos fundamentais em sociedades que recentemente voltaram a ter regimes constitucionais com eleições competitivas. Outra explicação seria a de que o que vem ocorrendo é justamente o processo contrário, ou seja, uma transferência proposital de poder de decisão em relação a determinadas questões complexas do Legislativo para o Judiciário.⁷ Ou seja, de fato um movimento global de restrição da efetividade da democracia eleitoral competitiva.

No caso brasileiro, nenhuma dentre tais explicações parece suficientemente adequada. Ambos os argumentos são fortemente baseados na experiência norte-americana. De um lado, existem aqueles que acreditam profundamente na possibilidade de que o Judiciário tem um poder transformador na sociedade, exemplificado pela experiência subsequente a decisão *Brown v. Board*, que eliminou a segregação racial de base legal nos Estados Unidos da América. Esta experiência positiva foi em parte maculada pela incapacidade da chamada *Warren Court* de levar tal processo de transformação social ao âmbito dos direitos econômicos e sociais, como proposto por alguns autores,⁸ e até mesmo pelo reconhecimento de que o fim da segregação racial de base legal não eliminou a segregação econômica na sociedade norte-americana, o que demonstraria justamente os limites do Judiciário para atuar como transformador social.⁹

⁷ Ran Hirschl, TOWARD JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUCIONALISM (Harvard, 2007), p 213 (“*I have advanced here a strategic notion of judicial empowerment through constitutionalization as driven primarily by political interest to insulate certain policy preferences from popular pressures*”).

⁸ Frank I. Michelman “Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment,” 83 HARVARD LAW REVIEW 7 (1969).

⁹ Frank I. Michelman “Symposium: ‘Brown’ at Fifty - Reasonable Umbrage: Race and Constitutional Antidiscrimination Law in the United States and South Africa,” 117 HARVARD LAW REVIEW 1378 (2004).

Assim, parece forçoso identificar que realmente exista um fenômeno de constitucionalização global de direitos individuais independente de movimentos mais significativos do ponto de vista da vida democrática e constitucional que ocorrem especificamente em cada sociedade. O elogio ao trabalho de uma corte específica desconsidera o fato de que para cada corte constitucional que se fortalece, existem outras tantas que declinam em prestígio e poder. Antes da corte sul-africana, era a corte do Zimbábue que era considerada a mais sofisticada da região sul da África. Hoje, não se fala mais da corte do Zimbábue, e, certamente, não foi a mudança na capacitação dos juizes do Zimbábue que causou tal decadência. Foi o próprio fim do *Apartheid* na África do Sul, já que muitas empresas e investimentos que tinham provisoriamente se deslocado para o Zimbábue em função dos embargos à África do Sul retornaram para seu local de origem, causando uma crise econômica no país vizinho, de conseqüências já bastante conhecidas, sendo a principal o total esfacelamento das instituições governamentais, incluindo a sua anteriormente renomada Corte Superior. O mesmo acontece na América Latina. Para cada corte que se fortalece, como a da Colômbia, existem outras que se enfraquecem. O que se pode concluir é que os tribunais seguem o destino constitucional de seus países, e não o contrário. O “novo constitucionalismo” é tão novo quanto as novas ditaduras que se espalham pelo mundo.

3. Os Direitos Econômicos e Sociais e a Desigualdade Econômica

A questão que se coloca agora é de se a proteção constitucional de direitos econômicos e sociais é um mecanismo eficaz de redução da desigualdade econômica. A hipótese que vou apresentar aqui é a de que a resposta será necessariamente negativa nos casos em que tal proteção for baseada apenas na proteção de direitos individuais, ou seja, caso

o mecanismo primordial para garantia de tais direitos seja a apresentação de ações individuais perante o Judiciário por indivíduos buscando, cada um, proteger “o seu” direito social e econômico.

Tal recurso para proteção dos direitos econômicos e sociais certamente falhará em relação a seu objetivo maior de reduzir a desigualdade econômica por dois motivos: (i) tal mecanismo beneficia aqueles que têm mais acesso a recursos financeiros e, por consequência, jurídicos, e (ii) tal mecanismo tem, necessariamente, um caráter meramente compensatório, sem buscar alterar as estruturas sociais geradoras da desigualdade social.

O argumento de que a proteção constitucional de direitos econômicos e sociais é um mecanismo eficiente para a redução da desigualdade deve inicialmente enfrentar o desafio de contradizer a experiência prática. Primeiro, no Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com sua extensa proteção aos direitos econômicos e sociais, a desigualdade econômica manteve-se praticamente inalterada, apresentando uma pequena redução nos últimos anos que não pode ser atribuída a nenhum mecanismo jurídico de proteção dos direitos econômicos e sociais, mas sim a políticas de redistribuição e aumento da renda dos mais pobres.¹⁰ Segundo, nos Estados Unidos, a crescente proteção aos direitos econômicos e sociais promovida pela chamada “*Warren Court*”, quando da presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos por Earl Warren, entre 1953 e 1969, foi seguida de um crescimento sistemático da desigualdade econômica nas décadas seguintes, causado, mais uma vez, por políticas públicas. De fato, sequer a propalada ação da Suprema Corte da África do Sul na proteção dos direitos econômicos e sociais conseguiu, com suas tão elogiadas decisões, apresentar qualquer efeito na redução da desigualdade econômica, já que a performance

¹⁰ BARROS, R.; CARVALHO, M.; FRANCO, S.; MENDOÇA, R. *A Queda Recente da Desigualdade de Renda no Brasil*, Textos para Discussão No. 1258, Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2007.

econômica do país nos últimos anos reduziu a capacidade do Estado de efetivamente implementar políticas de melhoria das condições de vida da maior parte da população.

Contra a falta de histórias de sucesso na proteção de direitos econômicos e sociais pelo Poder Judiciário, poder-se-ia argumentar que a proteção de tais direitos não tem como objetivo reduzir a desigualdade social, mas sim garantir uma série de direitos de caráter universal. Mas contra tal proposição elevam-se três questões que exigem respostas complexas: (i) a manutenção da democracia em países desiguais depende da efetiva redução da desigualdade econômica; (ii) considerando-se que a sociedade dispõe de recursos limitados para combater a desigualdade econômica e a resultante privação de direitos, o investimento deve ser feito da forma mais redistributiva possível, evitando a perpetuação de privilégios; e (iii) a eventual proteção dos direitos econômicos e sociais de forma que beneficie mais as classes ricas, e não as mais pobres, evidentemente deslegitima o sistema democrático e o próprio discurso de direitos fundamentais, podendo levar a crises institucionais.

A conclusão então deve ser a de que a proteção dos direitos econômicos e sociais não pode se justificar pelo valor de cada um desses direitos tidos, individualmente, como universais, mas sim pela eficiência de tal proteção em distribuir recursos, sendo preponderante que a implementação de cada um desses direitos resulte, necessariamente, numa redução da desigualdade econômica e social.

No caso do sistema constitucional brasileiro, não restam dúvidas de que a função do sistema de proteção aos direitos econômicos e sociais é a redução da desigualdade. Primeiramente, o próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 já determina que uma das funções primordiais do governo brasileiro é a igualdade, com o sentido de tal palavra revelado pelo inciso III do seu artigo 3º, que define com um dos quatro objetivos

fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Este princípio aparece novamente no artigo 170, inciso VII, da Constituição Federal, o qual estabelece como sendo um dos princípios da ordem econômica brasileira novamente a “redução das desigualdades regionais e sociais”.

Claramente, os direitos econômicos e sociais, conforme incorporados na Constituição Federal de 1988, não são direitos individuais. Como se verá em maior detalhe a seguir, quando fizermos o estudo de caso relativo à proteção do direito à saúde no Brasil pelo Judiciário, a interpretação dos direitos econômicos e sociais como direitos individuais, feita em alguns casos de forma equivocada pelo Judiciário, causa a violação do princípio maior do sistema constitucional brasileiro, que é o de que a implementação dos direitos econômicos e sociais deve ser feita com o objetivo de reduzir a desigualdade social e na eliminar a pobreza extrema.

Os legisladores constitucionais inscreveram, de fato, diversos direitos na Constituição Federal de 1988 que são de difícil implementação. Mas não eram tão desconectados da realidade nacional como se poderia imaginar à primeira vista. Alguns críticos poderiam dizer que se tentou criar uma constituição de um país escandinavo em um país pobre. Mas esta é uma leitura superficial.

Se, por um lado, é verdade que o objetivo de criar uma constituição simbólica, que marcasse a transição da ditadura para a democracia, muitas vezes levou ao excesso de palavras e até mesmo à poesia, por outro lado, no caso dos direitos econômicos e sociais, a Constituição Federal foi particularmente clara e concreta.

Fica evidente da leitura do texto constitucional que o legislador sabia que o Brasil era um país altamente desigual e com baixa renda per capita e com um aparelho estatal ainda em

formação e desenvolvimento. Dessa forma, não foi criado um Estado de bem estar social de modelo escandinavo, no qual o governo monopoliza a prestação de determinados serviços básicos. Foi criado um modelo adequado ao estágio de desenvolvimento do país e de seus problemas sociais, com regras muitas vezes inovadoras para articular a iniciativa privada e o governo na prestação de serviços básicos como a assistência à saúde, a educação e o desenvolvimento da infra-estrutura habitacional.

Nenhum dos direitos econômicos e sociais listados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, quais sejam, (i) educação, (ii) saúde, (iii) alimentação, (iv) trabalho, (v) moradia, (vi) lazer, (vii) segurança, (viii) previdência social, (ix) proteção à maternidade e à infância, e (x) assistência aos desamparados, tem previsão de sua prestação exclusiva pela governo. São todos baseados na construção de um sistema no qual o governo é um articulador de políticas públicas, atuando em conjunto com a iniciativa privada e com organizações não-governamentais de assistência social.

Propositamente tais direitos não foram incluídos no artigo anterior da Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, que lista especificamente os direitos individuais constitucionalmente garantidos. E a razão é óbvia e bem fundada na história institucional brasileira. O Estado brasileiro, estruturado com base em relações patrimonialistas, somente pode romper com tais estruturas e curar as causas profundas da desigualdade social caso o tratamento dado aos direitos econômicos e sociais seja diverso daquele dado aos direitos individuais tradicionais. Caso o tratamento fosse igual, os direitos econômicos e sociais seriam utilizados, na prática, como mecanismo de manutenção da desigualdade e concentração de privilégios nas mãos de poucos. De forma diversa dos direitos civis e políticos, a efetivação dos direitos econômicos e sociais requer a administrações de volumes

muito significativos de recursos que devem ser gastos de forma rápida e com benefício direto a determinados grupos. Dessa forma, a efetivação de tais direitos exige uma máquina administrativa extremamente organizada e eficiente, característica dos estados modernos.

Assim, o fato de o Judiciário brasileiro passar a interpretar os direitos econômicos e sociais na Constituição Federal de 1988 como direitos individuais representa, em grande medida, um retrocesso em relação ao objetivo maior de redução da desigualdade, pois terão maior proteção aqueles já privilegiados com acesso a recursos financeiros e jurídicos.

Em um estudo clássico sobre tal problema na sociedade norte-americana, identificou-se que o modelo de criar mecanismos jurídicos compensatórios com controle judicial é um modelo insuficiente, pois aqueles com mais acesso a recursos econômicos e jurídicos acabam por se beneficiar do sistema¹¹.

O aspecto central de tal benefício está no fato de que os participantes com mais recursos obtêm uma vantagem pelo uso constante do sistema em oposição aos usuários eventuais. Usuários contantes podem obter as seguintes vantagens: (i) planejamento de suas ações e coleta de informações úteis antes de um eventual litígio; (ii) uso de especialistas; (iii) desenvolvimento de relações próximas com agentes governamentais; (iv) uso da credibilidade conquistada em litígios anteriores; (v) uso das probabilidades de perder certas causas de forma estratégica; (vi) *lobby*; e (vii) obviamente, o uso do sistema processual para evitar questões de mérito.

Mas também seria possível dizer que tais argumentos não se aplicam ao presente caso, pois tais vantagens seriam mais comuns no confronto entre indivíduos que raramente utilizam o sistema judicial e organizações que utilizam o Judiciário constantemente, ou seja,

¹¹ GALANTER, M. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, v. 95, 1974, p. 95-160.

no confronto entre empresas e consumidores. No caso da proteção individual aos direitos econômicos e sociais, normalmente se confrontam indivíduos com pouca experiência e o governo. Nesta situação o primeiro efeito da desigualdade no uso de recursos jurídicos está no fato de o governo normalmente se apresentar como um constante utilizador do Judiciário, detendo, portanto, uma vantagem em relação a determinados indivíduos.

Mas o perigo mais significativo reside onde intuitivamente se encontraria a solução. Os advogados, por meio de sua especialização, deveriam anular os benefícios das organizações que usam o Judiciário constantemente, garantindo a igualdade de condições em relação ao governo. No caso do embate entre cidadãos e o governo, pode-se imaginar que bons advogados especializados passariam a ter maior vantagem ainda que o próprio governo, transferindo esta vantagem para os cidadãos. Esta poderia ser a solução, mas é justamente onde reside o problema.

O fato de bons advogados poderem transferir a sua vantagem da especialização em confrontos com o governo para os cidadãos acaba por refletir, mais uma vez, o problema da desigualdade social. Tal especialização tem um valor imenso, e também um preço proporcional ao seu valor, que somente poderá ser pago por cidadãos com maior poder econômico.

Um cidadão pobre, ou melhor, dentre os mais pobres entre os mais pobres, em primeiro lugar sequer tem a informação básica de que tem direitos que possam eventualmente ser defendidos judicialmente. Falamos aqui daqueles que estão nos verdadeiros bolsões de pobreza, concentrados, na maior parte dos casos, no interior do Brasil, longe de quaisquer recursos tanto públicos quando privados. A assimetria de informações é tamanha que sequer permite uma comparação efetiva, pois o primeiro recurso jurídico escasso é a própria

consciência da existência de direitos por parte daqueles a quem o sistema constitucional mais deseja proteger, que são os mais pobres dentre os mais pobres. Fica então evidente o primeiro problema, que é o de que o sistema de proteção individual já deixar de fora aqueles a quem o sistema constitucional mais deveria proteger, ou seja, o mais pobres entre os mais pobres, os analfabetos, os verdadeiramente tão destituídos de recursos que sequer imaginam serem titulares de direitos que possam reduzir os efeitos de tal desigualdade extrema.

Mas, digamos que estejamos falando aqui de um cidadão pobre que teve seus direitos violados por uma ação do Estado e que tenha consciência de tais direitos e deseje se defender. Sua desvantagem em relação a um cidadão rico é evidente. Imaginemos dois casos exatamente iguais, um afetando um cidadão rico e outro um cidadão pobre. Digamos que, sendo um caso simples, ambos poderiam contratar um advogado com a mesma experiência. O custo, proporcionalmente à renda, para o cidadão pobre seria muito maior do que para o cidadão rico. Em casos ligeiramente mais complexos, o que se pode imaginar é que somente os cidadãos com maior poder econômico poderiam adquirir o serviço e ter seus direitos defendidos. O cidadão mais pobre, ou desistiria frente ao custo, ou então obteria um advogado não especializado, que o colocaria em franca desvantagem em relação ao cidadão mais rico.

Resta ainda atentarmo-nos para uma alternativa para evitar a formação de assimetrias tão extremas que tornariam o sistema de proteção individual de direitos econômicos e sociais uma farsa. Seria a possibilidade do atendimento jurídico aos mais pobres ser garantido por meio de advogados pagos pelo Estado, o que, no caso brasileiro é garantido pela obrigação constitucional de manutenção de defensorias públicas pelas unidades federativas e pela União Federal. No caso do Brasil, a capacidade das defensorias públicas para reverter o peso de tal

balança é mínima. Segundo relatório recente, foram identificados 4.515 (quatro mil, quinhentos e quinze) defensores públicos estaduais em atividade em todos os estados Brasileiros¹². Apenas para que se tenha ordem de comparação, segundo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o número total de advogados regularmente registrados e habilitados a exercer a profissão é de 656.968 (seiscentos e cinquenta e seis mil e novecentos e sessenta e oito).¹³ Ou seja, pode-se afirmar com segurança que menos de 1% (um por cento) dos advogados brasileiros são defensores públicos, os quais deveriam atender, pelo menos, aqueles que, no Brasil, encontram-se abaixo da linha da miséria absoluta. Ocorre que, segundo dados relativamente recentes fornecidos pelo Banco Mundial, a linha da pobreza em 2009 representaria cerca de 9,9% (nove ponto nove por cento) do total da população brasileira.¹⁴ Não é preciso muito esforço para identificar a desproporção nos recursos jurídicos disponíveis, principalmente se considerando que as defensorias públicas ficam ainda concentradas em áreas urbanas, distantes, em muitos casos, das populações efetivamente mais pobres.

Então, o resultado esperado é o de que a proteção individual de direitos econômicos e sociais por meio do Judiciário tende a beneficiar aqueles indivíduos com recursos suficientes para contratar advogados mais caros e com maior especialização. O sistema pode, então, tornar-se perverso quando o benefício a ser obtido por meio litigioso é muito superior ao investimento necessário para a contratação de um advogado. Cria-se um incentivo para que as classes médias se utilizem do sistema, sem que os mesmos benefícios estejam disponíveis

¹² Ministério da Justiça, III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, Brasília, Ministério da Justiça, 2009, p. 104 (pesquisa não inclui os dados sobre defensores públicos dos seguintes estados: Amapá, Paraná e Rio Grande do Norte).

¹³ Disponível no site <http://www.oab.org.br/relatorioAdvOAB.asp>, conforme verificado pela última vez em 23 de abril de 2011.

¹⁴ Dados relativos ao percentual da população vivendo com menos de US\$2 por dia, com valores ajustados ao poder aquisitivo da moeda, para o ano de 2009, segundo o World Development Indicators, disponível no site <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.2DAY>, conforme verificado pela última vez em 23 de abril de 2011.

para grupos mais desprivilegiados por falta de conhecimento ou recursos para a contratação de advogados especializados.

Por esta razão, o sistema constitucional brasileiro claramente colocou os direitos econômicos e sociais como direitos derivados da aplicação de políticas públicas, dando ao Judiciário a responsabilidade pela verificação da sua correta implementação. Políticas públicas são o único meio para que os direitos econômicos e sociais sejam implementados de forma a beneficiar primordialmente os mais pobres entre os mais pobres, ou seja, aqueles para quem as ações estatais diretas têm maior potencial de atuar como um redutor da desigualdade social abissal que marca a sociedade brasileira. O desvirtuamento de tal entendimento pelo Judiciário representa nada mais que a repetição do patrimonialismo, por meio de ações aparentemente caritativas com recursos do governo sem o benefício daqueles que mais necessitam de tais recursos.

4. O Caso do Direito à Saúde e os Riscos da Individualização das Políticas Públicas

No caso brasileiro, o direito à saúde passou a representar o caso mais grave de tal disfunção. Por um lado, despesas médicas elevadas e restrições na cobertura de planos de saúde privados levam um número significativo de pessoas de classe média a buscar a prestação de serviços médicos ou acesso a remédios por meio do Judiciário com base no direito universal à saúde. Por outro lado, certas questões de saúde exercem uma pressão significativa sobre juízes, certas vezes confrontados com o argumento de que se não concederem uma liminar para a distribuição do remédio, a consequência será a morte do beneficiário. O resultado do uso sistemático do Judiciário para garantia individual de um

suposto direito individual à distribuição de remédios pode levar ao desvirtuamento de todo o sistema constitucional de direitos econômicos e sociais.

Antes de adentrar brevemente em alguns pontos do debate atual da jurisprudência brasileira sobre o tema, é necessário retomar quais os artigos constitucionais relevantes. O mais relevante deles, e cujo texto de fato resume o argumento que se pretende apresentar nesta parte do trabalho, é o artigo 196 da Constituição Federal, cujo texto prevê o quanto segue: *“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”*. Já seria suficiente que o artigo mencionasse especificamente que tais direitos são garantidos por meio de políticas sociais e econômicas para que ficasse claro que não se trata de um direito individual. Mas o legislador constitucional buscou ser ainda mais explícito, determinando no artigo seguinte, de número 197, que *“são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”*.

O texto constitucional na área da saúde foi construído como resultado de intenso debate com a sociedade civil, resultando na constituição de um sistema unificado que integra não só os diversos níveis e entes governamentais federativos, mas também a rede privada de assistência à saúde. Em um país continental, com imensas desigualdades econômicas e regionais, não há dúvida de que um sistema integrado como este é um instrumento essencial para a redução de tais desigualdades. A constitucionalização de tal sistema tenha sido, talvez,

a grande conquista alcançada com a Constituição Federal de 1988 no campo dos direitos econômicos e sociais entendido como instrumento para redução das desigualdades sociais.¹⁵

Na contramão desta grande conquista social, desde 1988 tem ocorrido um enorme aumento no número de processos judiciais requerendo a concessão de remédios ou tratamentos especiais pelo governo de forma absolutamente indiscriminada, tendo como base apenas o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 e a idéia de que o direito à saúde pode ser fundamento para ações individuais. O número tornou-se tão significativo que o Supremo Tribunal Federal decidiu realizar uma audiência pública sobre a matéria, cujo resultado será analisado ao final desta seção.

Um grande número de tais ações iniciou-se logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com foco principalmente na concessão de remédios para HIV/AIDS. Estudo detalhado sobre o desenvolvimento da jurisprudência relativa à concessão de remédios em tais casos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo demonstrou que em absolutamente todos os casos analisados foi concedida medida liminar para concessão dos medicamentos, em quase a totalidade dos casos o direito à saúde foi considerado um direito individual e, ainda, em menos de ¼ das decisões favoráveis algum aspecto das políticas públicas na área foram levadas em consideração.¹⁶ Ou seja, no geral, argumentos básicos como a disponibilidade de

¹⁵ Estudos têm demonstrado que o Sistema Único de Saúde atende principalmente os mais pobres. De toda forma, nos casos de não atendimento ainda se identifica que a predominância dos casos afeta, dentre os mais pobres, aqueles de origem afro-brasileira, em casos de dificilmente se tornam objeto de ações judiciais. Para maiores detalhes, consultar Ribeiro, M. C. S. A. et al., *Perfil sociodemográfico e padrão de utilização de serviços de saúde para usuários e não-usuários do SUS – PNAD 2003*, Ciência & Saúde Coletiva, 11(4):1011-1022, 2006.

¹⁶ Em um recente estudo compreendendo 144 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, observou-se que os juízes de primeira instância concederam antecipação de tutela em todos os casos. Em segunda instância, foram concedidos os pedidos com julgamento de mérito em 85% dos casos. Nos casos de concessão, apenas 28,5% das decisões considerou a necessidade de existir uma política pública para implementar o direito à saúde. Ademais, em 93% das decisões o direito à saúde foi considerado direito individual e não coletivo. Vide FERREIRA, C. et al. O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS in Prêmio Ipea 40 Anos - IPEA Caixa 2004: Monografias Premiadas, 2005, pp. 389-431.

recursos, a existência de políticas governamentais e os aspectos distributivos de tais decisões foram desconsiderados.

De toda forma, neste caso ocorreu o caminho justamente inverso daquele pensado pelo legislador constitucional. A crescente pressão do Judiciário pela concessão de remédios fez com que o Executivo desenvolvesse uma política específica para a distribuição universal de medicamentos de controle da HIV/AIDS. Tal política culminou com a Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, a qual criou um arcabouço legal para tal universalização e também levou o governo a negociar com empresas farmacêuticas a compra em larga escala de remédios por preços reduzidos. Os resultados foram muito positivos, transformando o programa em uma referência internacional.

O caso programa brasileiro de HIV/AIDS é bastante emblemático para nossa discussão. Primeiro porque poderia ser considerado, à primeira vista, um caso de sucesso. Afinal, trata-se de uma política pública de reconhecimento internacional que teve como origem ações judiciais. Ocorre que um aprofundamento da análise nos levaria a questionar se uma política nacional de HIV/AIDS deveria ser uma prioridade nacional, sem qualquer consideração para com os gastos de tal política.

Vejamos apenas alguns dados. No orçamento federal para 2007 houve uma destinação de cerca de R\$ 1,3 bilhão de reais para o Programa Nacional de DST e AIDS, enquanto a distribuição de todos os demais remédios à população recebeu apenas R\$ 1,5 bilhão, e projetos de melhoria do saneamento básico receberam R\$ 1,6 bilhão¹⁷. Considerando o objetivo maior do direito à saúde de garantir a melhor qualidade de vida para a população em geral em face de um universo finito de recursos, é cabível a consideração de

¹⁷ Tal valor representa 3.2% do orçamento total do Ministério da Saúde do Brasil, e é maior que o orçamento total dos Ministérios do Meio Ambiente, da Cultura, das Comunicações, e das Minas e Energia individualmente considerados. Vide Jornal do Senado, Senado Federal, 26 de dezembro de 2006, p. 9.

se tais recursos poderiam salvar mais vidas e ampliar a expectativa de vida média da população caso aplicados de forma diversa. Portanto, é preciso considerar quais mecanismos decisórios devem ser aplicados para que se garanta que tais recursos sejam aplicados com a maior eficiência distributiva possível, e, por consequência, da forma mais democrática possível. Parece bastante evidente que o Judiciário sozinho não tem recursos técnicos para realizar esse tipo de análise, seja em ações individuais ou coletivas.

No caso da política de HIV/AIDS, existe uma evidente desproporção nas despesas do programa, o qual, sozinho, concentra valores maiores do que todos os demais programas de medicamentos do governo federal. Trata-se de um resultado curioso para um país ainda assolado com doenças tropicais que causam um número significativo de mortes, como a malária, dengue e esquistossomose, as quais têm um custo de prevenção muito menor. A resposta para tal paradoxo é simples, já que a origem das ações para concessão de remédios para controle da HIV/AIDS foram os grandes centros urbanos e grupos de classe média, os quais tinham conhecimento de tratamentos sempre mais avançados oferecidos no exterior e utilizavam o Judiciário para pressionar o governo para a aquisição de remédios cada vez mais caros.

Curiosamente, o sucesso da política brasileira de combate à HIV/AIDS não está na distribuição gratuita de remédios, mas sim na política preventiva de educação, a qual resultou em um controle significativo na propagação da doença. Quanto ao aspecto da distribuição de medicamentos de forma gratuita, a atuação do governo brasileiro mostrou-se efetivamente titubeante, já que a única ação efetivamente paradigmática foi a declaração de licença compulsória do medicamento Efavirenz, em maio de 2007,¹⁸ sendo que apenas em 2009 foi iniciada a produção de tal medicamento como genérico por um laboratório brasileiro,

¹⁸ Decreto Presidencial nº 6.108, de 4 de maio de 2007.

representando então uma substantiva economia para o governo brasileiro, quase 8 anos após o início das negociações do governo brasileiro com o laboratório produtor de tal medicamento.

O que se conclui é que, caso o Judiciário fosse mais rígido em sua interpretação da Constituição Federal de 1988, mantendo-se fiel ao texto constitucional, os grupos organizados que estimularam as sucessivas ondas de requerimentos de novos remédios teriam então buscado obter justamente o licenciamento compulsório de tais remédios, o que reduziria substancialmente o gasto público. De outra forma, pode-se entender que o interesse das empresas farmacêuticas é a manutenção do atual sistema, no qual os tribunais se tornam um dos principais clientes de medicamentos de alto custo, e, ainda, muitas vezes, medicamentos experimentais, ao invés de terem de negociar diretamente com o governo, este sim um negociador com maior poder de barganha e cuja atuação beneficia não um, mas milhões de cidadãos.

Mas a prática iniciada com pedidos de concessão de remédios para HIV/AIDS tornou-se generalizada, exigindo a gratuidade em relação às mais diversas doenças, considerando-se remédios cada vez mais caros, muitas vezes experimentais, não autorizados para venda no Brasil, e muitas vezes contrários às políticas públicas especificamente traçadas pelo Ministério da Saúde para determinadas doenças.

Os estudos mais detalhados sobre a matéria indicam que tais ações tendem a beneficiar os mais ricos, como discutido acima. No estudo mais amplo realizado sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil, foram analisados 3.007 (três mil e sete) processos judiciais contra a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo no ano de 2006 nos quais foram concedidos medicamentos de forma gratuita. Os resultados são bastante reveladores. Dentre todos os

processos, em 74% dos casos foram utilizados advogados particulares, contra apenas 26% de casos patrocinados por advogados públicos.

Dentre os medicamentos solicitados, 77% não faziam parte da lista do Sistema Único de Saúde do Ministério da Saúde e 3% sequer tinham permissão para comercialização no Brasil. Aqui fica evidente que a concessão de tais remédios viola dois importantes pilares da boa Administração Pública.

Em relação aos 77% de medicamentos fora da lista, a sua concessão por meio de medida judicial, além de ir contra a decisão prévia do Executivo, também acaba violando as regras de licitação e de compras públicas. Importante destacar este ponto, pois, caso tais compras não tivessem sido feitas por meio de ordem judicial, representariam grave afronta à lei, principalmente se considerando que, em alguns casos, tais ordem judiciais indicam que a aquisição de medicamentos deva ser feita diretamente pelo beneficiário. Ou seja, a própria ordem judicial, por si só, representa uma violação da lei. No caso de medicamentos com comercialização não permitida no Brasil, tal desconsideração de princípios legais concorrentes é ainda mais evidente, já que a comercialização de tais remédios de outra forma representaria grave ilegalidade de comércio irregular de medicamento.

Mas o dado mais revelador de tal estudo foi o relativo à capacidade econômica dos pacientes, considerando-se o grau de vulnerabilidade social de sua residência. Tal estudo revelou que 51% dos casos foram iniciados por indivíduos residentes em áreas sem qualquer vulnerabilidade social, ao ponto que tais grupos não vulneráveis representam um minoria de apenas 22% da população do Estado de São Paulo. Já os demais 49% casos foram iniciados por pessoas dos grupos de baixa a alta vulnerabilidade social, os quais representam a maioria de 78% da população do Estado de São Paulo de menor renda. Com base em tal estudo

detalhado, não resta dúvida de que a população mais rica é a que mais se beneficia da proteção individual ao direito à saúde. Não somente isto. Os estratos mais ricos da população também solicitam os remédios mais caros, ampliando ainda mais a desigualdade na aplicação dos recursos.¹⁹

Por fim, outros estudos demonstram também que a falta de capacitação técnica do Judiciário para tomar este tipo de decisão leva também ao puro e simples desperdício de recursos. A maior parte dos remédios requisitados, principalmente dentre os mais caros, são de eficácia duvidosa.²⁰ Surpreendente é ver que juízes acabam obrigando o Estado a não só comprar remédios de eficácia duvidosa, como também, em alguns casos, a adquirir remédios importados cuja comercialização seria ilegal. Ou seja, se o mesmo ato tivesse sido tomado por um administrador público, tal ato seria um ato grave que levaria à responsabilização pessoal do administrador público.

Foram aqui discutidos vários temas relevantes: (i) a individualização do direito à saúde em confronto com o texto constitucional, (ii) a iniquidade da distribuição por via judicial e a possível ineficiência de tal mecanismo, e (iii) a possibilidade de desperdício de recursos pela concessão de remédios ineficazes ou, pior, com resultados negativos para a saúde em função de seu caráter experimental. Estas questões, somadas ao aumento crescente

¹⁹ Os pacientes dos estratos com menor vulnerabilidade foram responsáveis por 75% dos pedidos de remédios oncológicos não disponíveis no país e 52% dos remédios oncológicos no geral. Os pedidos dos grupos de maior vulnerabilidade social concentram-se em remédios disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde. A justificativa é evidente. Os mais pobres utilizam o Sistema Único de Saúde, e os seus médicos receitam remédios dentro do sistema, de forma que os mais pobres recorrem ao Judiciário apenas nos casos de indisponibilidade. Os mais ricos consultam médicos particulares que receitam remédios que não fazem parte da lista do Sistema Único de Saúde e que, em alguns casos, são drogas experimentais disponíveis apenas no exterior. A. L. Chieffi, R. B. Barata, Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 25, 1839-1849 (2009), p. 1847.

²⁰ Em estudo realizado com processos relativos ao ano de 2005 em relação a ação contra a Secretaria de Saúde do Município de São Paulo, identificou-se que 75% do gasto total resultante do total de ações era relativo a medicamentos oncológicos chamados de antineoplásicos. Dentre os 10 antineoplásicos identificados em tais ações, 4 não tinham eficácia comprovada e outros 5 tinham eficácia limitada, sendo que 3 ainda não tinham comercialização permitida no Brasil. F. S. Vieira, P. Zucchi, *As distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil*, Revista de Saúde Pública 2007; 41:214-22, p. 217.

dos processos com pedidos de concessão gratuita de remédios, justificou a convocação pelo Supremo Tribunal Federal de uma audiência pública sobre a matéria, a qual foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e também nos dias 4, 6 e 7 de maio de 2009. Infelizmente, os resultados, tanto em relação ao debate travado quanto ao seu impacto na jurisprudência, foram decepcionantes.

Primeiro, é necessário destacar que ficou evidente na audiência pública que não existe informação suficiente sobre o tema. Como as ações judiciais são iniciadas ora contra o governo federal, ora contra o governo estadual ou municipal, não existe uma análise ampla das distorções geradas por tais ações no funcionamento do Sistema Único de Saúde. Os temas levantados pelos trabalhos destacados acima foram todos destacados nas falas dos representantes do governo federal presentes na audiência pública, principalmente pelo então Advogado-Geral da União e atual Ministro do próprio Supremo Tribunal Federal, Ministro José Antônio Dias Toffoli, o qual destacou principalmente a limitação de recursos do governo federal e as distorções causadas em relação à lista de remédios instituída pelo Sistema Único de Saúde.²¹ Na mesma linha, o representante do Ministério da Saúde deixou claro que é necessário ter uma visão geral do sistema para que as escolhas em relação a quais remédios adotar e a quanto investir em cada doença e em cada região do país seja feita com base em planejamento, e não com base em casos *ad hoc*.²² De toda forma, ficou evidente em tal audiência pública a total falta de amparo estatístico ou de qualquer levantamento empírico sobre a questão, o que deixa claro que os tribunais brasileiros continuam a decidir casos no

²¹ Disponível no site

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli_Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf, conforme verificado pela última vez em 24 de abril de 2011.

²² Disponível no site

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Alberto_Beltrami_Secretario_de_Atencao_a_Saude_.pdf, conforme verificado pela última vez em 24 de abril de 2011.

escuro, sem saberem a consequência de suas decisões tomadas em conjunto no orçamento público e para a proteção da saúde de forma geral.

Sendo superficial a discussão na audiência pública especialmente chamada para discutir o tema, foi também superficial o seu impacto na jurisprudência. O primeiro caso decidido após a audiência pública foi um agravo regimental contra decisão da presidência do Supremo Tribunal Federal que indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada para concessão gratuita do medicamento chamado Zanesca para paciente portador de doença neurodegenerativa rara.²³ Em tal julgamento, ficou evidente a inexistência de um critério claro para a concessão de tais medicamentos pelo Judiciário. Uma evolução foi a manifestação presente no voto do relator Ministro Gilmar Mendes de que a concessão de remédios de comercialização proibida no Brasil, em flagrante violação à lei, não poderá mais ser permitida, apesar de tal ponto não ter sido parte da decisão em questão.

De outra forma, o voto apenas confirma o entendimento de que o fato de remédios não constarem da lista de remédios recomendados no Sistema Único de Saúde não constitui argumento suficiente para a não concessão gratuita de remédios pelo Judiciário. O voto na verdade perfaz uma inversão absolutamente irracional da prova, obrigando o governo a fazer prova da absoluta ineficácia do remédio para que se possa justificar a sua não concessão, sendo que a lógica levaria a acreditar que o requerente deveria provar a relevância do tratamento. No caso concreto, a decisão do Supremo Tribunal Federal fundou-se apenas em um laudo de um único hospital, o qual informava que o remédio aumentaria a sobrevida do paciente, para justificar a concessão do remédio. Não foi requerido qualquer outro tipo de confirmação ou opinião especializada, e a opinião do próprio Ministério da Saúde, que fundou

²³ Supremo Tribunal Federal, STA 175, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010.

a decisão de não incluir tal medicamento na lista de seus remédios prescritos na inexistência de prova de eficácia, foi desqualificada como insuficiente.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal desqualificou totalmente o argumento de que a decisão quanto à formulação da política pública de saúde cabe ao Executivo, arrogando-se a capacidade de decidir até mesmo que tipo de medicamento é ou não eficaz para o tratamento de doenças raras, uma questão que certamente seria de difícil apreensão até mesmo para pesquisadores especializados. Neste ponto, a decisão do Supremo Tribunal Federal não oferece qualquer diretriz em relação aos limites para a atuação do Judiciário na reformulação de políticas públicas de saúde em relação à distribuição de medicamentos.

Quanto aos aspectos redistributivos de tais decisões, ao invés de incluir elementos que permitam ao Judiciário incorporar a análise distributiva em sua prática jurisdicional, o que fez o Supremo Tribunal Federal foi desconsiderar totalmente a questão. E quando falamos desconsiderar, não dizemos apenas por omissão do tema, mas por ter expressamente mencionado que o tema não é relevante. Conforme o voto do Ministro Gilmar Mendes, *“em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso do direito à saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.”*

Ou seja, ao invés de ser um requisito de tais decisões que cada uma delas atenda a um critério distributivo, ou que o Judiciário aceite que tais decisões distributivas sejam feitas pelo

Executivo, é entendido que o atendimento aos direitos econômicos e sociais é necessariamente desigual, já que pessoas diferentes têm diferentes necessidades, sendo então justificável que o Judiciário determine ao Executivo o pagamento de um medicamento de custo elevado e eficácia duvidosa para um indivíduo que eventualmente poderia pagar por tal medicamento com base na idéia de que a afirmação dos direitos econômicos e sociais é inerentemente desigual.

Curiosamente, neste caso vemos presente a repetição de um velho mal da prática judicial brasileira, que é se basear em argumentos e debates estrangeiros para buscar resolver problemas locais. Neste caso específico, a doutrina na qual o voto do relator foi baseada é quase que integralmente alemã, baseada justamente na lógica de um Estado rico e igualitário. “Tropicalizada” e retirada de seu contexto, o resultado caminha para o teatro do absurdo. Em países que detêm um sistema de atendimento à saúde exclusivamente público, seria impensável que um indivíduo fosse exigir perante o Judiciário um tratamento que não estivesse prescrito na política pública de saúde de seu país. Seria o total desvirtuamento do sistema, que prevê justamente a prestação de um serviço padronizado a toda a população. Mas, trazida ao Brasil, um país ainda em desenvolvimento e extremamente desigual, o resultado da aplicação de tal doutrina de direitos econômicos e sociais, com uma retórica de proteção dos mais pobres, é o mais conservador dos resultados: o direito à saúde é um direito individual, que pode ser exigido em relação ao governo por aqueles com os melhores advogados e os melhores laudos médicos, independentemente (i) da eficácia do tratamento solicitado, (ii) da política governamental em relação a tal tratamento, (iii) do impacto de tal benefício para os cofres públicos e (iv) da capacidade econômica do beneficiário e da potencial injustiça do ponto de vista da equidade presente em tal decisão.

Em nenhum momento foi considerado que a concessão de tal benefício no caso concreto representa a retirada de recursos de outras áreas, o que, por si só já representa um risco para a vida de tantas outras pessoas, muito provavelmente mais pobres e sem qualquer voz para expressar seu sofrimento. Como mencionado anteriormente, tal retirada de recursos vai, inelutavelmente, afetar os mais pobres dos mais pobres. O Sistema Único de Saúde ainda é um sistema incapaz de atender a toda a demanda que lhe é apresentada, e pesquisas tendem a demonstrar que dentre aqueles que não recebem atendimento quando solicitam, a maior parte deles encontra-se na linha da pobreza extrema.

Não sem surpresa, a resposta do poder Executivo foi rápida. Em 28 de abril de 2011 foi publicada a Lei nº 12.401, que alterou base legal do Sistema Único de Saúde²⁴ no que diz respeito à distribuição de remédios à população. As alterações, basicamente, criaram um mecanismo dinâmico de atualização da lista de remédios, assim como mecanismos para a divisão de atribuições entre os diversos entes da federação. De forma simbólica, a lei expressamente proibiu a distribuição de remédios ou ressarcimento de despesas com procedimentos experimentais ou não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Proibiu também expressamente a distribuição de medicamentos nacionais ou importados sem registro em tal agência. Ou seja, explicitou o que já era explícito de forma a constranger o Judiciário a respeitar tal comando ou declará-lo inconstitucional.

Diligentemente o poder executivo vetou algumas provisões de tal legislação que poderia ser consideradas como um claro resultado do *lobby* de indústrias farmacêuticas, como a tentativa de proibir o Executivo de realizar uma análise de custo-benefício na inclusão de remédios na lista para distribuição pelo Sistema Único de Saúde.

²⁴ Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

A questão com a qual se encerra esta seção é a seguinte: será que o “novo constitucionalismo” brasileiro é democrático o suficiente para reconhecer a iniciativa do poder Legislativo e Executivo de limitar o poder decisório do Judiciário, obrigando-o a reconhecer a órbita de autoridade do Executivo na formulação de políticas públicas, ou a Lei nº 12.401 será declarada inconstitucional?

Conclusão

A pergunta que nos colocamos inicialmente foi se a crescente “judicialização” de direitos econômicos e sociais no Brasil poderia representar uma onda de “novo constitucionalismo” no Brasil, entendida aqui como uma transformação social no sentido de maior democratização implementada principalmente pelo poder Judiciário. A conclusão parece ser necessariamente que não. O que se pode observar é a atuação do velho patrimonialismo, segundo o qual o governo deve servir àqueles que são parte da classe mais abastada, com acesso a advogados capazes de fazer valer os “direitos individuais” daqueles privilegiados o suficiente para saberem que tais direitos existem.

A influência da doutrina estrangeira, a qual seria também uma característica de um “novo constitucionalismo” com aspirações globais, também é mais alegórica do que efetiva. O patrimonialismo desde muito já incorporou a prática da “antropofagia” da doutrina estrangeira como recurso meramente retórico para dar uma roupagem universal para a defesa de interesses locais.

A discussão sobre a judicialização do direito à saúde ilustra bem este fato. Primeiro, é de se questionar como os tribunais brasileiros tornaram-se unânimes em reconhecer a existência de um direito individual à saúde de forma flagrantemente contrária ao texto

constitucional. Segundo, os estudos mais detalhados sobre a questão demonstram que tal prática tem um efeito claramente regressivo e reforça a desigualdade social, favorecendo as classes médias e não aos mais pobres entre os mais pobres, como também requer o texto constitucional, caso seja reconhecido o objetivo dos direitos econômicos e sociais como meio de redução da desigualdade.

A questão que sobrevive é a seguinte: por qual razão tal jurisprudência se consolidou apenas em relação ao direito à saúde entendido como direito à concessão gratuita de remédios, e não no direito ao trabalho, à educação, ou à moradia? A resposta é simples. O juiz, como membro desta mesma classe média, defende seus interesses como classe, colocando-se na posição do beneficiário que pleiteia remédios de forma gratuita. O juiz, confrontado com a possibilidade da morte daquele que pleiteia o benefício, prefere a caridade feita com os recursos do governo do que o peso de uma decisão difícil. Não se trata de um “novo constitucionalismo” moderno, cosmopolita e democrático, mas sim do mesmo patrimonialismo marcante da sociedade brasileira segundo o qual o governo é o principal instrumento não de redistribuição de recursos, mas de manutenção da desigualdade social.

Os mais pobres dentre os mais pobres estão alheios a este debate, pois estão alheios à própria existência de certos direitos constitucionais. Morrem nas filas dos hospitais públicos, antes mesmo de conseguirem um diagnóstico de sua doença, muito menos uma prescrição de medicamento. Mas tais direitos não permanecem sem uso porque os mais pobres não sabem de sua existência. São apropriados por aqueles com mais recursos, que privatizam tais direitos sociais como direitos individuais, que se tornam então o “meu” direito à saúde e não o nosso.

Confrontado com decisões trágicas, o Judiciário faz a escolha por garantir a vida que está mais próxima, por não saber, ou não ter os recursos para saber, que tal escolha possa

representar o comprometimento de um número muito maior de vidas distantes, física e espiritualmente.

É por pensar individualmente que um país pode permanecer eternamente em desenvolvimento e eternamente desigual. O que é mais desafiador é que, no caso brasileiro, o texto constitucional nos dá a direção correta. Não somente isso, neste caso específico, a política pública desenvolvida na área de saúde é nada menos do que exemplar e extremamente adequada à realidade do Brasil, servindo de exemplo para inúmeros países desenvolvidos e em desenvolvimento. É preciso, antes de buscar novas conquistas, saber valorizar aquelas já alcançadas no passado ao custo de tanto esforço e mobilização social. Tal exercício é fundamental para saber diferenciar as verdadeiras conquistas das falsas promessas, e quanto à redução da desigualdade no Brasil, as nossas oportunidades de continuarmos acreditando em falsas promessas já se esgotaram há alguns séculos. A verdade relativa à desigualdade social no Brasil passa por uma profunda autocrítica daqueles que não sofrem todas as consequências de tal injustiça para que tal autocrítica seja a semente de uma efetiva e profunda transformação social.