ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

A RACIONALIZAÇÃO DE RECURSOS VOLTADOS ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: A JUSTIÇA GERAL E A JUSTIÇA INDIVIDUAL

THE RATIONALIZATION OF RESOURCES AIMED TO PUBLIC HEALTH POLICIES: GENERAL JUSTICE AND INDIVIDUAL JUSTICE

Hector Cury Soares *

RESUMO: A pesquisa trata do controle de políticas públicas de saúde no Brasil, com base na Constituição de 1988. O tema é abordado a partir das seguintes estruturas: recursos em políticas públicas de saúde, Estado Social no Brasil, justiça individual, justiça geral e instrumentos processuais adequados para o controle de políticas públicas sociais. Assim, o levantamento bibliográfico realiza uma provocação entre a necessária e constitucional intervenção do Poder Judiciário e se, todavia, há instrumentos processuais capazes de torná-la condizente com a realização de uma justiça geral, sem, contudo, eliminar a intervenção individual, mas limitá-la. Percebe-se que, no Estado Democrático de Direito, em que as políticas públicas sociais são controláveis pelo Poder Judiciário, são necessários instrumentos interventivos capazes de dar voz à justiça geral, numa sociedade pluralista.
Palavras-chave: Políticas públicas. Racionalização. Controle judicial.

ABSTRACT: This research deals with the control of public health policies in Brazil, based on the 1988 Constitution. The topic is approached from the following structures: resources for public health policies, social state in Brazil, individual justice, general justice, and adequate procedural instruments for the control of public social policies. Thus, the bibliographic survey carries a provocation between a necessary and a constitutional intervention of the judiciary, and still, if there are procedural instruments able to make it consistent with the accomplishment of a general justice without eliminating the individual intervention, however limiting it. It is observed that in a democratic state, in which social policies are controllable by the Judiciary, interventional instruments are needed to give voice to general justice, in a pluralistic society.
Keywords: Public policies. Racionalization. Judicial review.

* Doutorando em Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Professor Assistente de Administração Pública na Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA – Campus Santana do Livramento. Santana do Livramento – Rio Grande do Sul – Brasil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A MODERNIDADE TARDIA E O NEOLIBERALISMO À BRASILEIRA; 3 A ESCASSEZ DE RECURSOS E O PODER JUDICIÁRIO RACIONALIZADOR; 4 CONSEQUÊNCIAS (NEO)LIBERAIS: O AVANÇO DO INDIVIDUALISMO E O SOLAPAR DO PROJETO DEMOCRÁTICO DE ESTADO DE DIREITO; **5 A PRIORIZAÇÃO DE DEMANDAS COLETIVAS (COMUNITÁRIAS) COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no art. 5º, § 1º, não deixe dúvidas em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, da sua promulgação para cá houve uma série de reações tendentes ao retrocesso de tais direitos. Isso, num contexto de país periférico, torna-se grave, tendo em vista que as prestações, que já eram pífias, tendem a ser eliminadas. Em outras palavras, num Estado tão carente de tais prestações, reações políticas propensas ao encolhimento ou mesmo redução das prestações, para além do questionamento constitucional, servem de base para o aprofundamento das diferenças sociais existentes.

Nesse sentido, a agenda neoliberal, principalmente nos Governos Collor e Fernando Henrique Cardoso, foi incorporada à agenda política brasileira, diferentemente dos países centrais que conquistaram o Estado Social e depois sofreram com o retrocesso no final década de 1970. O Brasil, sem ainda efetivar tais promessas (chamadas promessas da modernidade), tem reações visando ao retrocesso, daquilo que é meramente nominal, na CRFB/88. Por conseguinte, tal agenda política gera uma inação por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, em relação à efetivação dos direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, o direito à saúde.

Dentro dessa perspectiva, o Poder Judiciário passa a figurar como a possibilidade de realização de tal direito, como é o caso do fornecimento de medicamentos. A esse processo dá-se o nome de politização da justiça ou judicialização da política, visto que o Judiciário, na omissão do Legislativo ou Executivo, passa a intervir em políticas públicas. Ainda nesse contexto, entretanto, há limitação, do ponto de vista econômico, para a realização

dos direitos sociais, pelo custo inerente à sua realização. Assim, o Poder Judiciário, diante da omissão do Legislativo e do Executivo, tem que fazer a conformação constitucional para a realização da política pública de saúde. Isso, por si só, envolve a racionalização de recursos, pois a realização de um direito individual via Judiciário pode representar a não realização de um direito coletivo à saúde. Portanto, em face do próprio caráter social das políticas públicas, é preciso, no momento do controle, utilizar instrumentos processuais adequados a lidar com as políticas públicas, no caso aqui em estudo, o fornecimento de medicamentos.

Diante disso, busca-se expor as consequências jurídicas de tais acontecimentos políticos e os caminhos que podem, por ventura, ser apresentados na seara do controle judicial das políticas públicas de saúde, entre a realização da justiça individual e da justiça geral.

2 A MODERNIDADE TARDIA E O NEOLIBERALISMO À BRASILEIRA

A ideia central é investigar as principais causas do aumento do número de demandas individuais no Brasil voltadas ao fornecimento de medicamentos (política pública de saúde) e como racionalizar os escassos recursos disponibilizados na peça orçamentária. Para isso, considera-se a condição de país de modernidade tardia do Brasil, em que não houve a existência factível de um Estado Social mal fixado na CRFB/88. Nesse modelo de Estado, houve (e há) reações tendentes a reduzir o Estado brasileiro ao mínimo. Isso porque não se tinha nada, fixou-se um rol na Carta Magna que não foi realizado e já se intentava excluir esses direitos sociais.

Em um contexto mundial, a crise do Estado Social e a derrota dos socialismos reais foram pressupostos perfeitos à modernização neoliberal. A política econômica do neoliberalismo tem, como estratégias, a privatização, a desregulamentação, a flexibilidade, a dívida externa e o ajuste e, como finalidade essencial, a adjudicação de recursos da sociedade e do poder, favorecendo a transnacionalização da economia, da política e da cultura.

Quando Fernando Collor de Mello assumiu a Presidência da República do Brasil, encontrou o país submerso na chamada hiperinflação, diferentemente dos países centrais, em que a direita ultraliberal (GREMAUD; VASCONCELLOS; TONETO JUNIOR, 2002) cunhava o neoliberalismo mesclando políticas conservadoras e populistas, frente à crise fiscal, cuja consequência foi o agravamento dos problemas sociais (BRESSER-PEREIRA, 2003). Com o apoio do Fundo Monetário Internacional (FMI), deu-se início a uma série de tentativas fracassadas de controle econômico do país, muitas vezes de forma ortodoxa e violenta. Por consequência, houve a necessidade de ajuste fiscal, na tentativa de reduzir drasticamente o gasto público; para tanto, confrontaram-se o programa constitucional e o programa neoliberal[1].

A tese do Estado Mínimo confronta-se com as bases do Estado Social (países centrais). Em países periféricos, como o Brasil, de curtos e incipientes lapsos de democracia do Estado Social, as diferenças crescem de forma progressiva, rumo à redução da intervenção estatal na esfera dos direitos sociais. O discurso moderno do neoliberalismo é assentado sob a privatização, o confisco de direitos trabalhistas, a eliminação de estabilidade de funcionários públicos, o ajuste fiscal para equilibrar as receitas e as despesas, a privatização de serviços públicos e a dolarização da economia[2]. A crise do Estado tem, por conseguinte, uma crise no modo de intervenção estatal, bem como uma crise no modo de administrar a coisa pública, baseada na forma de administrar o aparelho do Estado. Este fica imóvel na perspectiva neoliberal, ou seja,

1 Bresser-Pereira (2003) faz a distinção entre ultraliberalismo e neoliberalismo, intentando distinguir o praticado pelos Governos Thatcher e Reagan do praticado no Brasil. Para o autor, nos países do Norte houve uma experiência ultraliberal que, de fato, quis reduzir o Estado ao mínimo, enquanto nos países do Sul ter-se-ia um neoliberalismo com fortes traços populistas. O ultraliberalismo é profundamente pessimista e individualista com relação à cooperação social e ação coletiva. Em contrapartida, ver Sader (2009).

2 "Os neoliberais sabem que a superação da ordem do capital, e a afirmação dos valores democráticos os mais caros à tradição liberal, correm risco com a denúncia renovada dos socialistas. Daí a deliberada ofensiva contra toda a proposta de superação vinda daquele campo político, a começar pela despolitização das relações sociais, pressuposto basilar do projeto neoliberal. Qualquer regulação política do mercado, via Estado, via instituições da sociedade civil é negada por princípio. A despolitização é um de seus pressupostos, assim como... **a vontade de quebrar a espinha dorsal dos sindicatos e dos movimentos organizados da sociedade**" (ARRUDA JÚNIOR, 1997, p. 63, grifo do autor).

em vez de ser uma possibilidade ao desenvolvimento social e econômico, torna-se um obstáculo (VIEIRA, 1995; BRESSER-PEREIRA, 2003).

A modernização deve ser compreendida como a europeização[3], por meio da industrialização, assimilando e incorporando ao seu desenvolvimento a tecnologia de países desenvolvidos. Entretanto, o caminho a percorrer por um país periférico não é o mesmo percorrido por um país central, devendo existir um tempo célere a encurtar a distância para alcançar a primeira fila. Por consequência, o Brasil incorporou uma série de garantias constitucionais que possibilitariam essa modernização, equilibrando o desenvolvimento econômico à sua condição social, pior que a dos países centrais, mormente a soma das misérias modernas e das misérias herdadas (BUARQUE, 1991; CARVALHO, 1996; FAORO, 2007). As tentativas de modernização ocuparam as elites brasileiras, que, ao mesmo tempo, buscavam a manutenção da estrutura estatal da qual são beneficiárias e o desenvolvimento (modernização) do Estado brasileiro.

Contudo, não há modernização de forma mimética; o regime político patrimonial autodenominado liberal, ao primeiro susto, protege-se debaixo das baionetas, como em 1937 e em 1964. O caminho à conquista das promessas da modernidade ou modernização, como a cidadania, não se faz pelo alto, não tem atalho, qualquer encurtamento do caminho conduz para um regime autocrático (FAORO, 2007). O Estado interventor deve realizar a função social; no entanto, pela condição de modernidade tardia, foi pródigo apenas para as elites, corroborando a apropriação estatal por camadas médio-superiores. Portanto, não houve efetivamente uma modernidade, mas simulacro de modernização (VIEIRA, 1995).

A modernidade, que permitiu a acumulação de direitos, liberdades e garantias, bem como conferiu ao simples nascimento uma série de direitos sociais e econômicos, não foi capaz de cumprir suas promessas. Segundo

3 No âmbito do direito administrativo, o professor Celso Antonio Bandeira de Mello (2009) critica abertamente a tendência brasileira à importação de modelos eficazes em países centrais, sem o mínimo de adequação às condições de seu Estado, eminentemente periférico. A pauta brasileira dependeria do olhar abonatório dos países cêntricos. Ideias políticas, econômicas e jurídicas são importadas de países desenvolvidos, tudo para atingir a modernização.

Paulo Ferreira da Cunha, nem aqueles direitos burgueses foram preservados; quanto aos direitos sociais, tornaram-se uma roleta-russa, para a sorte – ou habilidade – dos contribuintes. Para os arranjos do poder, a CRFB/88 tornou-se ferramenta fácil (CUNHA, 1991), uma vez que prosperam Constituições formais, na tentativa de implementar um capitalismo social, processo que é essencialmente individualista. O Estado, ao atuar como agente realizador de políticas públicas, preservou a estrutura do sistema capitalista, mantidos os esquemas de repartição do produto e dos mercados (GRAU, 2008).

No Brasil, intentou-se retornar a um Estado Mínimo, desregulamentado, privatizado, sem ter ao menos efetivado suas promessas da modernidade (STRECK; MORAIS, 2004). Dito de outra forma, não houve o mínimo de cidadania (direitos sociais) e vislumbrou-se a redução do mínimo, nada mais adequado, assim, do que a expressão 'Estado Mínimo do Mínimo', reflexo de pensamentos hegemônicos – e, portanto, burgueses (GRAU, 2008) – de que o Estado deve atender tão somente aos contribuintes[4]. Dessa forma, houve uma ampliação das funções do Estado (formalmente) e dos direitos sociais, porém não se cumpriram as chamadas promessas da modernidade, ou seja, houve um simulacro de modernidade, uma modernidade tardia[5], na medida em que, tão logo foram incorporados esses direitos sociais, intentou-se uma redução desse Estado[6].

---

4 Bem referiu Ricardo Antonio Lucas Camargo (2008, p. 16, grifo do autor) ao afirmar que "não é incomum, nos tempos que ora correm, a reclamação em torno de o Estado somente dever atender a quem é contribuinte dos tributos que arrecada, **sendo os demais verdadeiros vampiros sociais das forças vivas que movem a nação**, por traduzir, invariavelmente, a generosa opção pelos pobres uma cruel opção pela pobreza".

5 "Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfarestate* tem consequências **absolutamente diversas** da minimização do Estado em países como o Brasil, **onde não houve o Estado Social**" (STRECK, 2008b, grifo do autor).

6 O professor Roberto Dromi (2005, p. 10) apresenta interessante conjuntura da América Latina invadida pelo (neo)liberalismo: "*Antes bien, ladisminuicióndel aparato estatal no se traslada a sus responsabilidades, las que cada vez se dirigen más hacialaregulación y elcontrol de lasconductas públicas. Este proceso aparece consolidado, no obstante laexistencia de algunas vocês que hablan de suagotamiento, al tiempo que afirman ver el retorno a ciertas formas de estatismo, particularmente, enAmerica Latina. La gestión estatal es desepeñada cada vez más subsidiariamente, quedando reservado suejercicio exclusivo o preeminente a materiasmuy específicas (defensa, seguridad, justicia) y dejandolas restantes a entes privados y públicos no estatales, mientraslaspuedan desenvolver adecuadamente*".

Dentro do contexto neoliberal e do cenário da globalização, a intervenção estatal foi colocada em xeque, emanando correntes que tivessem como fim a obtenção da flexibilização da atividade estatal, na mesma medida em que a atividade empresarial o faz. Assim, a efetivação de direitos sociais adquiriu foros de utopia, como a ilha relatada pelo jovem Rafael Hitlodeu (MORUS, 1997). Diante disso, o enfraquecimento do Poder Estatal tornou-se realidade, dando azo a uma série de flexibilizações dos direitos sociais. Por outro lado, foi fundamental, em tempos de pós-modernidade desregulamentadora, a defesa das instituições da modernidade frente ao enfraquecimento do Estado, ficando evidenciada a preeminência do Estado forte, que afirma suas instituições, na esteira do que se poderia compreender como Estado Democrático de Direito.

Com a precarização dos direitos sociais e econômicos, dentro das estruturas estatais, passou a ter relevância a intervenção do Poder Judiciário, havendo um deslocamento da legitimidade do Poder Executivo[7], daí o crescente aumento de demandas judiciais visando à efetivação de direitos sociais em países periféricos, como o Brasil. Em nome de ajustar o país às exigências da chamada globalização, entronizou-se o mercado como instância determinante da vida social. A primeira e mais óbvia repercussão desse ajuste foi o desalinhamento do projeto e das ações governamentais em relação ao Texto Constitucional recém-aprovado[8]. A presença de um conjunto normativo contemplando a ordem econômica passou a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (GRAU, 2008).

Além disso, é caráter próprio do Estado Democrático de Direito atribuir ao Poder Judiciário a importante função de guardião da Carta Magna. O reforço das instituições democráticas ou mesmo sua consolidação, foi

7 Para Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 21), o protagonismo do Judiciário estaria ligado a: (i) (novo modelo de) desenvolvimento econômico e social (países semiperiféricos); (ii) precarização dos direitos econômicos e sociais; (iii) questão da corrupção (judicialização da política). "Por estas razões – diferentes de país para país, mas convergentes no seu sentido geral – temos mesmo vindo a assistir, em alguns países a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário".

8 Inevitável, portanto, foi a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro, entre a filosofia política da Carta de 1988 e a agenda neoliberal (VIANNA et al., 1999).

aventado, em função desse caráter, em busca da defesa do Texto Constitucional, principalmente no tocante à sua atuação no controle de constitucionalidade (LOBATO, 2001). Pela condição de país periférico (modernidade tardia), as demandas visando à efetivação de direitos sociais, muitas vezes negados pelo Poder Executivo, em decorrência da atuação falha (caso do poder político que não se submete aos limites constitucionais), geraram um excessivo número de processos, buscando a tutela judicial, em sua maioria oriundos de demandas individuais. Não se pode olvidar, dentro desse plexo, que os recursos destinados à saúde eram escassos, obrigando o Poder Judiciário a atuar como racionalizador deles ou mesmo como seu dissipador, sendo sua intervenção feita de maneira desmedida, sem a observação de critérios constitucionalmente adequados.

3 A ESCASSEZ DE RECURSOS E O PODER JUDICIÁRIO RACIONALIZADOR

Não obstante esse aumento da busca do Poder Judiciário para a garantia dos direitos sociais, no caso da saúde, os recursos são muito escassos, sendo necessária a adoção de algumas prioridades pelo gestor público. Para ter dimensão, o gasto federal em saúde pública, no Brasil, na esfera federal, não representa 2% do Produto Interno Bruto (PIB) (BRASIL, 2007). Ademais, dados da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) apontam que o gasto com saúde pública[9] como proporção do PIB brasileiro, com base na medição do valor total da economia, nas três esferas do governo, representa 3,7%. Como se pode observar, não há uma grande variação do total do gasto federal com saúde, em relação ao PIB, entre 1995 e 2006 (REDE..., 2008). O PIB, em 2007, representou cerca de R$ 2,5 trilhões (BCB, 2008), dos quais cerca de 3,7% foram destinados a gastos com a saúde pública. Com efeito, os recursos disponibilizados não são de grande monta, dadas a própria condição do Brasil e a crescente judicialização das demandas na área da saúde.

9 Correspondente ao valor total empenhado pelo Ministério da Saúde em ações e serviços de saúde (REDE..., 2008).

Ainda na década de 1990, o Banco Mundial, tendo em vista a necessidade da adequação do Brasil às políticas neoliberais, indicava descompasso dos gastos em saúde, que "seriam excessivos" e "não atingiriam as regiões e grupos sociais mais pobres" (GONÇALVES, 2007, p. 55). Segundo Maria do Carmo dos Santos Gonçalves (2007, p. 56), "o Banco criticou o modelo assistencial brasileiro, 'que seria baseado no cuidado hospitalar ineficaz, na especialização do cuidado ambulatorial, na rápida incorporação de procedimentos de alta tecnologia, com pequeno gasto em prevenção'".

A perspectiva do Banco Mundial, na primeira leitura, parece uma crítica ao modelo de assistência à saúde, visto como privatista e excludente. No entanto, suas propostas estavam alicerçadas na orientação pela regulamentação do mercado de saúde, ou seja, não tinha como suporte o combate contra a doença como impulso ao desenvolvimento do país; dentro da perspectiva de regular o mercado, exerceu forte influência nas políticas públicas de saúde do Brasil (GONÇALVES, 2007). Logo, havia uma agenda adotada pelos países centrais, a qual, a partir dos reflexos dos gastos com saúde pública, vislumbrava um forte controle orçamentário da saúde, em países periféricos, com vistas à redução do gasto *per capita*. Isso só seria possível por meio de uma distinção entre as doenças da **pobreza** e as doenças da **riqueza**[10]. Incorporar a perspectiva preconizada pelo Banco Mundial resultaria na violação da equidade e da universalidade no acesso ao direito à saúde (GONÇALVES, 2007).

A escassez de recursos não deve dar abrigo a perspectivas reducionistas do direito social à saúde. Sem dúvida, faz-se necessário um equilíbrio no orçamento que permita a realização de políticas públicas de saúde e a efetividade do direito individual à saúde, sem, no entanto, fazer com que a administração pública seja invadida por contribuições teóricas privatistas, advindas da agenda neoliberal. A adoção dessa agenda de controle de recursos, embora pareça, num primeiro momento, a forma ideal de realizar políticas públicas, tem como fundo um projeto individualista. Na pesquisa,

10 Tal premissa foi desmentida pelos dados epidemiológicos referentes ao quadro de morbidade, que atestaram que as doenças crônicas atingem igualmente pobres e ricos (COSTA, 1998). Em sentido contrário, ver Sarlet e Figueiredo (2009).

preconiza-se o controle dos escassos recursos da saúde com base num sentido constitucionalmente adequado, com efeito, em franca oposição às leituras neoliberais. Contudo, é necessário apresentar o estado da arte – em relação ao crescimento dos gastos em saúde pública – para que se possa compreender a necessidade da regulação pelo Poder Judiciário, sem, com isso, transformar-se no racionalizador (modernidade) de recursos públicos.

Para ter ideia, quando se faz uma análise sobre a evolução dos gastos com medicamentos, observa-se que, ao longo dos últimos anos, sua participação tem aumentado em relação ao gasto total em saúde. Os gastos do Ministério da Saúde com ações do orçamento voltadas ao financiamento da aquisição de medicamentos aumentaram 123,9%. Esse percentual revela que, para garantir o financiamento da aquisição dos medicamentos, o ministério teve que reduzir o gasto em outras áreas de atuação. Esse comportamento exige que se dedique atenção redobrada aos medicamentos (VIEIRA; MENDES, 2007). Além disso, tratando-se de ações judiciais, segundo levantamento do Ministério da Saúde, em três anos gastos com processos para aquisição de remédios, elas aumentaram 1.920%.

Somente de janeiro a julho de 2008, o Governo Federal gastou a quantia de R$ 48 milhões com ações judiciais para aquisição de medicamentos. Em 2007, foram R$ 15 milhões; em 2006, R$ 7 milhões; e, em 2005, R$ 2,5 milhões. Nesse período, o governo foi citado como réu em 783 ações para aquisição de medicamentos no Brasil; em 2007, foram 2.979 ações[11].

É nesse contexto que deve ser efetivado o direito à saúde, o que inclui o fornecimento de medicamentos (tratamentos). A despeito disso, nota-se um crescimento expressivo no repasse de verbas aos municípios, no mesmo período, corroborando um dos princípios informadores do Sistema Único de Saúde (SUS) (SARLET; FIGUEIREDO, 2009), qual seja, o da

11 No artigo, ainda há um comparativo de gastos oriundos de ações judiciais, nos últimos quatro anos: "**Gastos do ministério com ações judiciais para aquisição de medicamentos -** em 2008 – R$ 48 milhões, em 2007 - R$ 15 milhões, em 2006 - R$ 7 milhões e em 2005 - R$ 2,5 milhões; **Ações Judiciais para aquisição de medicamentos no Brasil -** em 2008 – 783 (até julho), em 2007 - 2.979 ações, em 2006 - 2.625 e em 2005 – 387". (BRASIL, 2008, grifo do autor).

descentralização; dependendo da região do país, a participação dos municípios, entre 2000 e 2004, aumentou cerca de 0,3%.

Observe-se que a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro, entre a filosofia política da Carta de 1988 e a agenda neoliberal, deve ser equilibrada ao estado atual da economia brasileira. Em contrapartida, o Estado exige o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da "certeza jurídica". Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter de lei no Estado Social, do papel de "legislador implícito" (VIANNA et al., 1999).

O legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002). Essa importante invocação não pode ser creditada, quer a uma expressão de vontade da sociedade civil organizada, antes, bem mais do que agora, alheia às possibilidades democráticas da intervenção do Judiciário no cenário público, quer a uma proposta amadurecida. Contudo, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), desde logo, foram reconhecidas como um instrumento de significativa importância, não só para a defesa dos direitos da cidadania, como também para a racionalização da administração pública (VIANNA et al., 1999). De qualquer sorte, a ampliação do leque interventivo do Poder Judiciário não deve substituir a atuação dos demais poderes políticos, pois poderia representar ofensa ao próprio regime democrático. Deve, sim, resguardar os limites constitucionais.

Nessa perspectiva, é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase conhecida por "direito do Estado Social" (**que sequer ocorreu na América Latina**). Na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. Exatamente por isso, aumenta sensivelmente – e

essa questão permeou, de diversos modos, as realidades jurídico-políticas dos mais diversos países europeus e latino-americanos – o polo de tensão em direção à grande intervenção contramajoritária: **a jurisdição constitucional**, que, no Estado Democrático de Direito, transforma-se em garantidor dos direitos sociais fundamentais e da própria democracia (STRECK, 2008a).

No entanto, a falta de critérios do Poder Judiciário, aliada a poucos investimentos na saúde pública e à constante negativa por parte do Poder Executivo em fornecer medicamentos, gera a proliferação de decisões que ocasionam uma despesa incomum aos cofres públicos, condenando a administração pública ao custeio de tratamentos descabidos ou mesmo ao fornecimento de medicamentos experimentais, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas. Quer-se promover os direitos sociais presentes na CRFB/88, porém não se pode menosprezar a dimensão positiva para sua efetivação, ou seja, a disponibilização de recursos estatais para a promoção de políticas públicas voltadas ao direito à saúde. Como se observou, em relação ao PIB brasileiro, o gasto em saúde é pífio, o que significa dizer que a rubrica da saúde na lei orçamentária não possui vultosos recursos.

Os recursos são finitos. Por sua vez, todos os direitos geram custos, ou seja, dependem de recursos econômicos. Nesse sentido, invoca-se – tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário – a expressão 'reserva do possível' – *Der VorbehaltdesMöglichen* (KRELL, 2002)[12], que teve origem na Alemanha, no início dos anos 1970. A efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que dependem dos cofres públicos. A partir dessa ideia, traduz-se que os direitos sociais são dependentes da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, campo discricionário das decisões

12 Quando Andreas Joachim Krell (2002) trata da aplicação da "reserva do possível" no Brasil, não se concorda aqui plenamente com a posição esposada por ele. Em que pese a riqueza argumentativa, entende-se que o sentido dado à reserva do possível tem desdobramentos inadequados no país; contudo, na questão da saúde, não se ignoram a escassez de recurso e a necessidade de estabelecer limites.

governamentais e parlamentares[13]. Todavia, é nefasto ao poder público criar obstáculo, frustrar ou inviabilizar o estabelecimento e a preservação em favor dos cidadãos de condições mínimas de existência, mediante manipulação de sua atividade financeira ou político-administrativa. Advirta-se que a "reserva do possível" não deverá ser invocada pelo Estado com o fim de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais quando essa conduta governamental negativa puder resultar em nulificação ou, até mesmo, aniquilação dos direitos constitucionais.

Cumpre salientar que os argumentos econômicos, notadamente no tocante ao fornecimento de medicamentos (tratamentos), não devem ser utilizados para o Estado eximir-se de toda e qualquer prestação. Como se pode observar, o sentido da chamada "reserva do possível" é outro, tendo em vista que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Para tanto, os indicadores econômicos apresentados anteriormente devem ser considerados, porém não devem ser objetos de manobras, tendentes a excluir o poder público do cumprimento previsto na CRFB/88.

O casuísmo das decisões judiciais brasileiras leva à inefetividade do previsto na Carta Magna[14], impedindo que políticas públicas coletivas sejam devidamente implementadas. A escassez de recursos faz com que a administração pública estabeleça algumas prioridades para a realização de políticas públicas; todavia, cabe salientar que não são apenas os direitos sociais que geram um custo ao Estado, pois os chamados direitos de primeira geração (dimensão) geram custos à sua realização. Basta imaginar, por exemplo, o custo da segurança pública, o custo da manutenção (pública) de um Corpo

13 "Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerusclausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o individuo pode razoavelmente exigir da sociedade" (SARLET, 2008, p. 186-187). Ver, também, Sarlet (2003, p. 274 et seq.).

14 "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" (BRASIL, 1988).

de Bombeiros, tudo isso para a garantia de um direito de liberdade[15]. Coloca-se por terra a tese **minimalista** de que somente os direitos sociais geram custos ao Estado.

O último fator contribui ao aumento da complexidade da nossa equação (fornecimento de medicamentos – direito à saúde – orçamento estatal – escassos recursos), sem esquecer as dificuldades do Brasil, por ser um país periférico[16]. Destarte, o Poder Judiciário passa a intervir na realização de políticas públicas, necessitando afirmar a sua legitimidade, pois não a obtém por meio de processo eleitoral. A legitimidade desse poder reside exatamente na capacidade de proteger os direitos dos cidadãos, resistindo à pressão política exercida pelo governo (LOBATO, 2001).

O avanço do Poder Judiciário na intervenção, na esfera das políticas públicas, confronta-se com o Estado Social. Não se rejeita a necessidade da intervenção, mas é importante salientar que esta tem como base um Estado

15 "*Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials. The private realm we rightly prize is sustained, indeed created, by public action. Not even the most self-reliant citizen asked to look after his or her material welfare autonomously, without any support from fellow citizens or public officials. […] When structured constitutionally and made (relatively speaking) democratically responsive, government is an indispensable device for mobilizing and channeling effectively the diffuse resources of the community, bringing them to bear on problems, in pinpoint operations, whenever these unexpectedly flare up. […] To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. […] Both the right of welfare and the right to private property has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury*" (HOLMES; SUNSTEIN, 2000). Vale ressalvar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a segurança pública é tratada como direito social. Diferentemente, nos Estados Unidos, é tratada como um direito de primeira dimensão, ou seja, não está colocada como direito social. Basta verificar o art. 6º da CRFB/88 para notar que o direito à segurança é exposto na sua dimensão social fundamental.

16 "Ao contrário do que se passa nos países centrais, não se trata de influências exercidas *sobre* o Estado e sua ação mas da configuração interna do próprio poder do Estado. O autoritarismo estatal, por ser relativamente ineficaz, é não só incompleto como contraditório, o que, por sua vez, contribui para a grande heterogeneidade e fragmentariedade da actuação [sic] do Estado. Tal heterogeneidade assume várias formas, algumas das quais já analisei em trabalhos anteriores. Menciono aqui uma raramente referida. Reside no modo como a actuação [sic] da burocracia do Estado oscila entre a extrema rigidez, distância e formalismo com que obriga o cidadão anónimo [sic] e sem referências (a que chamo sociedade civil estranha) a cansar-se aos balcões de serviços inacessíveis, a preencher formulários ininteligíveis, e a pagar impostos injustos e a extrema flexibilidade, intimidade e informalidade com que trata, para os mesmos efeitos, o cidadão conhecido e com boas referências (a sociedade civil íntima)" (SANTOS, 2006, p. 131).

Liberal. Dito de outra forma, o Estado Social e Democrático de Direito deveria conduzir à solidariedade social, mas sua constituição (posta) foi incapaz de construir esse pressuposto antropológico. Tal perspectiva teria como base dispor de agentes dotados de uma compreensão coletiva, compromissada e compartilhada. O resultado, não obstante, é a transformação do indivíduo liberal em clientela da administração pública, apropriando-se da *res publica* ou distribuindo os serviços públicos, de forma a atender às estratégias clientelistas. Enquanto houve uma abundância de recursos, a sociedade não foi tocada por essas insuficiências, porém bastou reduzir a capacidade de financiamento estatal que a coesão social perdeu as forças em seu caráter de grupo, produzindo uma disputa de indivíduos pela *res publica*. Esse aspecto da crise estatal solapou um projeto de sociedade que ultrapassa o paradigma liberal-individualista[17].

4 CONSEQUÊNCIAS (NEO)LIBERAIS: O AVANÇO DO INDIVIDUALISMO E O SOLAPAR DO PROJETO DEMOCRÁTICO DE ESTADO DE DIREITO

Para Perry Anderson (1995), o projeto neoliberal fracassou, gerando sociedades marcadamente desiguais, como é o caso do Brasil. Por outro lado, tem como corolário a estreita vinculação responsável por anelar o individualismo ao neoliberalismo. Dessa forma, gera-se um programa de destruição das estruturas coletivas. Instâncias coletivas e, por que não, comunitárias tornam-se entraves à exigência de circulação totalmente livre das mercadorias.

17 A própria tradição jurídica brasileira joga-nos a uma pré-compreensão do indivíduo como centro, habitando com uma pluralidade de indivíduos. "Segundo a nossa cultura jurídica, a pessoa é una e indivisível, de seu nascimento à sua morte; é uma individualidade indivisível, e não tem lugar onde co-habitaria uma pluralidade de personagens. Nosso desnorteio é o mesmo quando ficamos sabendo que, para um melanésio, o ser humano poderia ser definido como um lugar vazio, circunscrito pelo conjunto de laços que o ligam aos outros (pai, tio, esposo, clã etc.). Para nós, o ser humano se define, ao contrário, como um ego pleno, que tece livremente seus laços sociais e não é tecido por eles. **Enquanto na maior parte das outras civilizações o homem se vê como parte de um Todo que o envolve e a ultrapassa, que o precedeu e sobreviverá a ele, nossa cultura jurídica nos conduz, ao contrário, a ver o homem como partícula elementar de toda a sociedade humana, como indivíduo nos dois sentidos, qualitativo e quantitativo, desse termo**" (SUPIOT, 2007, p. 16, grifo nosso).

Forma-se um novo sujeito, pós-moderno, indivíduo entregue a si mesmo, sem anterioridade nem finalidade, aberto apenas ao imediato, desconectado da comunidade, da organização coletiva (DUFOUR, 2005). Diante dessa perspectiva histórico-social, o projeto de Estado Democrático de Direito é colocado em xeque.

O Estado torna-se nada mais que um agregado de "eus". Por consequência, a esfera pública passa a ser colonizada por questões anteriormente classificadas como privadas e inadequadas à exposição pública. O indivíduo passa a se opor ao cidadão (TOQUEVILLE, 2005) – uma pessoa que busca o seu próprio bem-estar por meio do bem-estar estatal –, porque é cético em relação à "causa comum", ao "bem comum", à "boa sociedade" ou à "sociedade justa" (ROUSSEAU, 2003). O comportamento dessa comunidade torna-se a réplica (cópia) de uma identidade individualmente escolhida de fundamentos sólidos que as pessoas que escolhem de outra maneira não acreditam que possuem. A repetição traz a tão alentadora tranquilidade e solidez aos indivíduos. O modo como as pessoas definem seus problemas individuais e os enfrentam com habilidades e recursos é a única "questão pública" que remanesce e o único objeto de "interesse público" (BAUMAN, 2001, 2003).

Em função dessas transformações do Estado, há uma diminuição do Estado Social, um apagamento do Estado Econômico e o fortalecimento do Estado Penal, típicos da conversão da classe dirigente à ideologia neoliberal. Introduzem-se novos mecanismos de gestão da desocupação massiva e emprego precário, em vista da própria desregulamentação neoliberal. O governo apoia-se na gestão do mercado de trabalho desregulamentado e em um aparato penal invasor e onipresente, disposto a controlar a insegurança social. De um modelo keynesiano fundado na ideia de solidariedade e de bem-estar, envolvido com a redução da desigualdade, passa-se a um modelo individualista, irresponsável coletivamente, um Estado darwinista (WACQUANT, 2004).

Em vez da distribuição de renda, entrega-se à mão invisível, em que pesem as implicações econômicas e sociais. Coloca-se na condição de mero gestor dos instrumentos de isolamento da pobreza e de mediador da

insegurança, do medo (FAORO, 2007). Esse modelo estatal neoliberal reflete-se diretamente na forma de fazer políticas públicas e demonstra a tomada do espaço público pelo indivíduo, em oposição ao cidadão compromissado, típico de um regime democrático. Como consequência do avanço dessa espécie de Estado, há uma reação na esfera judiciária, dando azo à busca da realização dos direitos sociais fundamentais. Não obstante, até aqui poder-se-ia ressalvar que o aumento de demandas individuais liga-se a um modelo posto na Carta Magna, que garante ao Poder Judiciário um espaço maior de intervenção, eis que é o garantidor daquela, como também a retomada de políticas econômicas neoliberais, que representam um retrocesso em relação aos direitos, e o aprofundamento da dimensão do indivíduo em face da comunidade.

Nesse último caso, existe a tendência da privatização das relações sociais, da tomada do espaço público pelo indivíduo e, por conseguinte, de um aumento de demandas que visem à efetividade do direito individual à saúde e não de um direito da comunidade (coletividade) à saúde. Naturalmente, as diferentes demandas individuais encontram obstáculo na limitação orçamentária. Na ponta desse processo, está o Poder Judiciário, que deve, de forma constitucionalmente adequada, estabelecer critérios mínimos ao deferimento de determinado tratamento ou medicamento.

Por sua vez, a individualização significa a troca da liberdade pela suposta segurança. A individualização pode ser pródiga e, generosamente, indiscriminada ao conceder o dom da liberdade pessoal a qualquer mão que se estenda, mas o pacote de liberdade **com** segurança (ou melhor, segurança **por meio** da liberdade) não está em geral incluído, só estando disponível para um grupo seleto (FAORO, 2007). Tratando-se do discurso da modernidade, com a "proletarização" gera-se emancipação, mudando esse quadro. Assim, vislumbra-se o moderno arranjo capitalista do convívio humano de duas formas: uma face libertária e outra coercitiva. A libertação de uns significa a supressão de outros, como o que aconteceu com a Revolução Industrial.

Para que se adaptassem aos novos trajes, os futuros trabalhadores tinham que ser antes transformados numa "massa" – despidos da antiga roupagem dos hábitos, comunitariamente sustentados. A guerra contra a

comunidade foi declarada em nome da libertação do indivíduo e da inércia da massa. A separação entre fábrica e lar suprimiu a comunidade em prol da individualidade. O capitalismo moderno derreteu todos os sólidos, sufocou a manifestação de espontaneidade e livre arbítrio. A pessoalização, típica da comunidade, foi suprimida pela individualização da sociedade civil (BENSAÏD, 2008).

Criou-se um tipo de sociedade cuja complexidade estava ligada a uma acentuada divisão social do trabalho, a um violento crescimento urbano, ao aumento da produção e do consumo e à articulação de um mercado mundial. Dessa forma, o desenvolvimento das forças produtivas abrangeu um maior número de indivíduos na sociedade industrial complexa. Por consequência, houve um abrupto aumento do número de pessoas a ocupar os espaços urbanos, passando as cidades a contar com 10 a 15 milhões de habitantes. No Brasil, isso ocorreu no período após 1945, quando houve uma forte aceleração na industrialização do país[18], gerando um deslocamento da população rural para as áreas urbanas – as cidades passaram a contar com um contingente populacional acima das possibilidades de absorção pelo mercado de trabalho, provocando um crescimento na população desocupada. A metrópole era o símbolo e a expressão desse modo de vida, local no qual se realizavam os traços mais característicos desse novo tipo de sociedade. Contudo, a sociedade brasileira não estava apta a receber, em curto espaço de tempo, uma numerosa população, o que gerou o problema da ocupação dos espaços centrais urbanos. A individualização não se deu ao acaso; houve necessidade de uma série de condições simbólicas e culturais ao desenvolvimento dessa situação (VELHO, 2008). A industrialização atacou a coesão de uma comunidade e produziu uma sociedade complexa de indivíduos.

18 Antes da industrialização do Brasil, a população era eminentemente agrária, sendo o café o grande sustentáculo da economia brasileira. Observe-se que, no início do século XX, o país ainda estava ligado a uma forma de produção econômica tipicamente colonial, dependendo da manutenção dos altos preços do café para a conservação do crescimento econômico. Até o terceiro decênio do século XX foi uma etapa de prosperidade aos países industrializados, o que mantinha o preço do café estável. Entretanto, a crise em 1929, combinada com a superprodução brasileira, gerou a crise na economia baseada no café, tendo em vista que o Brasil ainda era importador de produtos industrializados. Começou o processo de industrialização do país, que teria uma guinada mais forte a partir de 1945 (FURTADO, 2007).

O indivíduo preocupa-se com seu próprio bem-estar[19] e é cético em relação à causa comum, ao interesse público ou à sociedade justa. Nesse contexto, o sentido de interesse comum é permitir que cada indivíduo satisfaça seu próprio interesse. A esfera da comunidade (coletividade) é abandonada, em prol de que cada indivíduo siga em paz, implicando a expressão 'em paz' a proteção do corpo e a garantia da segurança, exigindo que o poder estatal tranque e aniquile os criminosos reais ou potenciais. Assim, a rua é mantida livre de assaltantes, pervertidos, traficantes e todo tipo de estranho que cause constrangimento. Não há preocupação em realização dos direitos sociais e valores voltados à solidariedade na sociedade civil, sendo importante tornar invisível o garoto que pede dinheiro no sinal de trânsito, pois ele causa medo (BAUMAN, 2001). O fato de ele causar medo, por outro lado, demonstra a não existência de uma autoconsciência de si mesmo, fator normal em uma organização social individualizada. Além de não causar medo, pois a preocupação, a insegurança, é do indivíduo, não importando os outros "eus", aquele, na condição de miserabilidade, é "outro que não eu".

Por sua vez, o interesse público é reduzido ao interesse privado. Para os indivíduos, o espaço público passa a refletir os interesses privados, a partir das aflições privadas, que são projetadas incessantemente no espaço público. No entanto, a projeção dessas aflições não tem o poder de transformá-las em uma aflição comunitária, que represente a efetivação de direitos sociais. O Estado, que supostamente seria onipresente, impessoal, cercado por um extenso aparelho burocrático para promover o interesse comum, promove interesses individuais, despreocupado em repovoar o espaço público. As políticas públicas são definidas como um programa ou quadro **de ação** governamental, porque consistem num conjunto de medidas articuladas (coordenadas) cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, por meio de uma série de disposições voltadas à coletividade (ordem pública), com

19 Conforme Fougeyrollas (1991), entre a pré-modernidade e a pós-modernidade, a modernidade foi um processo de afirmação do indivíduo, porém sustentado numa proposição humanista. O indivíduo da pós-modernidade rompe essa estrutura; assim, nos idos neoliberais, permite-se a afirmação do indivíduo como valor supremo.

o intuito de concretizar o direito social[20]. Todavia, esse sentido de políticas públicas é atacado pelo medo das individualidades, corporificadas na massificação de demandas individuais visando ao direito à saúde (fornecimento de medicamentos).

Nessa perspectiva, a realização dessas políticas públicas deixa de ser a busca por um interesse público; se o é, é apenas pelos interesses dos indivíduos da sociedade civil, não daqueles que habitam a comunidade. Isso fica comprovado na preocupação com políticas públicas de segurança que nada mais são do que políticas de combate à insegurança. Essas políticas visam ao distanciamento daqueles que compõem a massa marginalizada do Estado, que estão isolados fisicamente. Pouco a pouco, o pífio investimento estatal, no intuito de legitimar-se, reduz-se a zero.

A esfera pública passa a ser habitada por questões privadas, tardo-modernamente. Antes disso, o privado era o lado obscuro da esfera pública; a vida pública, a vida comum, só era possível depois de atender às necessidades mais urgentes da própria existência. Essa condição para ingresso na vida pública prevaleceu até a Idade Média (HOBSBAWN, 2006). Para adentrar no mundo comum a todos, era necessário ter posse de propriedades, o que significava dominar as próprias necessidades vitais, podendo, assim, ser uma pessoa livre (ARENDT, 2008). A propriedade passou a reger a esfera pública e a riqueza existia em benefício da comunidade. Entretanto, com os idos modernos, o corpo passa a ser a raiz definitiva, a condição de possibilidade ao início da vida coletiva (ARENDT, 2008).

De tal modo, há o falecimento da vida comum no Estado, não havendo uma preocupação com as comunidades. Como analisado, o Estado é o próprio gestor da pobreza e da miséria, isolando-as do centro. Dessa forma, o avanço do modelo neoliberal contribui para o aprofundamento do individualismo. O homem, na sua condição de indivíduo, é valorizado. A preocupação da dimensão coletiva (comunitária) do homem não tem uma

20 O conceito de políticas públicas é oriundo da ciência política e das ciências da administração pública, ou seja, o debate no campo jurídico implica abertura à interdisciplinaridade. Sua figura, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto da transformação do Estado Liberal operada no século XX (COMPARATO, 1997; BUCCI, 2002, 2006).

repercussão forte nesse contexto, tampouco a base que sustenta o modelo estatal, eminentemente liberal, torna possível um estímulo às relações coletivas (relações comunitárias). Por outro lado, a jurisdição constitucional é apta à produção de atos judiciais coletivamente vinculantes, isto é, o meio idôneo à aproximação de realização de políticas públicas (pela via judicial) é pelas ações coletivas. Em contrariedade, o que se observa é um avanço de demandas individuais requerendo o fornecimento de medicamentos (ou tratamentos) para indivíduos, muitas vezes de caráter experimental, não previstos em listas fornecidas pelo Ministério da Saúde. Reivindica-se um direito individual à saúde, mas não a implementação de uma política pública da saúde (coletivo).

Com efeito, pode-se afirmar que essa crise – tensão entre Estado Social e Democrático de Direito, avanço neoliberal e individualismo – acaba por refletir no modo de produção do direito. A despeito de uma imensa gama de conflitos transindividuais, continua-se a trabalhar com a tradição de um direito talhado para enfrentar conflitos interindividuais. O individualismo traduz-se em colocar os direitos dos indivíduos acima dos direitos da comunidade, passando a importar o mercado, que é o espaço no qual as relações econômicas e sociais são travadas, e o individualismo, que tende a transbordar em atomismo (STRECK, 2008). O Estado Social é repristinado por meio da CRFB/88, representado pelo Estado (Social) Democrático de Direito, intentando cobrir a falência do modelo promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Desse modo, busca-se o resgate da solidariedade social, de uma realização transindividual dos direitos.

Nesse caso, o fornecimento de medicamentos, não obstante não esteja previsto expressamente na Carta Magna, é oriundo de listas elaboradas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) a partir de diversos estudos, os quais comprovam a eficácia de determinadas substâncias. O Poder Executivo incorpora a lista de medicamentos à elaboração das políticas públicas de saúde, contando, para tanto, com comissão auxiliada por especialistas de todo o país. Então, existe necessariamente um direito ao fornecimento de medicamentos (de comprovada eficácia) como um direito individual reflexo. Todavia, advoga-se pela ação coletiva como meio eficaz do controle

de políticas públicas. Isso poderia representar um resgate da comunidade (coletividade), em face do adensamento de ações individuais com pedidos de fornecimento de medicamentos. Da mesma forma, a demanda individual afeta as políticas públicas, porque o deferimento de determinado medicamento que não é abarcado pela política pública de saúde gera um custo que acaba por implicar o redimensionamento da dimensão coletiva de realização do direito social à saúde. Tem-se, como base, a racionalização dos recursos, previstos na peça orçamentária, para a saúde.

A intervenção, exatamente pela complexidade, não pode ser desmedida sem a utilização de critérios por parte do Poder Judiciário. O fator econômico (escassez de recursos) não pode ser o único pesado por esse poder, mas não pode ser esquecido. Ao desconsiderá-lo, pressupõe-se que não há uma organização e planejamento do Poder Executivo em propor políticas públicas de saúde e que, ademais, não há uma lista de medicamentos elaborada conforme estudos regionalizados do Ministério da Saúde. O Poder Judiciário apresenta-se, então, como a **tábua de salvação** àqueles que tiveram o fornecimento de medicamento negado. A decisão, por vezes, pode fazer com que todo o planejamento voltado à garantia da saúde de uma coletividade seja comprometido em virtude de uma pessoa necessitar do fornecimento de determinado medicamento. Ignora-se totalmente a apresentada complexidade da equação dos gastos públicos, como também o espaço discricionário – necessário – à proposição de políticas públicas de saúde de determinado governo.

A própria ideia de separação dos poderes (MOSTESQUIEU, 2005; BONAVIDES, 2008) – funções – implica um entrelaçamento harmônico entre Judiciário, Executivo e Legislativo, contrariando o que se observa em relação ao deferimento de demandas individuais para o fornecimento de medicamento, na medida em que a judicialização excessiva tem dado resultados práticos. Em última instância, pode-se afirmar que o deferimento dessas demandas seria contrário à CRFB/88. Assim, é evidente a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sendo uma imposição atual. Entretanto, a matéria não pode ser tratada sem os cuidados pertinentes. Como foi apontado, o tema envolve uma grande

complexidade, a qual não pode ser ignorada pelo poder ao exercer seu controle sobre as políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

A base antropológica do Estado e do direito – ambas liberais – contribuem para a tendência à procura de instrumentos individuais de realização dos direitos, pois há um abandono da coletividade (comunidade). Ademais, a invasão neoliberal solapa diuturnamente os direitos sociais, restringindo a intervenção estatal e dando contributo ao individualismo. Pela condição de tardo-moderno, o Brasil não tem um período de transição do Estado Liberal ao Estado Social, o que engrossa a perspectiva de não contribuição à esfera coletiva (comunitária) e, também, expõe os parcos recursos para o investimento em políticas públicas. Por outro lado, há a exigência própria do Estado Democrático de Direito da intervenção do Poder Judiciário, na condição de legitimado a garantir a Carta Magna. No entanto, o que poderia se tornar o espaço de um debate (democrático) coletivo (comunitário), visando à intervenção desse poder à efetivação de direitos socais, é palco de tutela de direitos individuais (reflexos).

Portanto, observa-se o aumento progressivo (tendência) de demandas judiciais para a realização de políticas públicas. Contudo, a intervenção do Poder Judiciário não pode ser uma intervenção sem precaução, mas uma imposição do atual estágio do Estado Democrático de Direito. Urge uma modificação na perspectiva de que o orçamento é uma peça de ficção ou meramente decorativa, devendo-se admitir, dentro dos parâmetros constitucionais, o controle do orçamento público (BARROS, 2008).

5 A PRIORIZAÇÃO DE DEMANDAS COLETIVAS (COMUNITÁRIAS) COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A questão tratada anteriormente da complexa equação dos direitos sociais e das políticas públicas para a sua realização, em face da crescente intervenção do Poder Judiciário tendente à implementação das políticas públicas de saúde, como o fornecimento gratuito de medicamentos, coloca em xeque a forma adequada de efetivação dessas políticas públicas. Isso porque

se observam duas formas de intervenção desse poder: a tutela coletiva (ação civil pública, por exemplo), voltada à realização do previsto no orçamento ou da lista de medicamentos adotada pelo ente federativo (o que, em alguns casos, pode implicar a inserção de novo medicamento ou tratamento[21] na

21 É o caso da cirurgia para a mudança de sexo: "DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. 1 - A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde [...] 9 - A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexiste risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. 10 - A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 - As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13 - As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14 - A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas. 14 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Européia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal. [...] 15 - O Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura de ação civil pública, seja porque o pedido se fundamenta em direito transindividual (correção de discriminação em tabela de remuneração de procedimentos médicos do Sistema Único de Saúde), seja porque os direitos dos membros do grupo beneficiário têm relevância jurídica, social e institucional [...] 17 - Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível a atribuição de eficácia nacional à decisão proferida em ação civil pública, não se aplicando a limitação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (redação da Lei nº 9.494/97), em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves conseqüências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais. 18 - Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido e imposição de multa diária, acaso descumprido o provimento judicial pela Administração Pública" (TRF4, 2007). Em 10 de dezembro de 2007, a Ministra do STF Ellen Gracie, na Suspensão de Antecipação de Tutela nº 185-2, suspendeu a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

lista), ou a ação ordinária, usualmente chamada ação de medicamentos, na qual uma pessoa recorre ao Judiciário para conseguir o fornecimento de determinado medicamento, cuja entrega fora recusada por algum dos entes federativos.

De outra forma, a proposta da priorização das demandas coletivas, sendo comunitárias, intenta dar um novo sentido às ações coletivas para efetivação de direitos fundamentais. A comunidade tem como finalidade a própria comunidade, formada por um fluxo de interação entre homens, com fluxo de doação e entrega efetiva; homens que se deixam unir por um mesmo laço, em prol de valores comuns (BUBER, 2008). A comunidade gera uma obrigação de fraternidade, à qual os indivíduos da sociedade civil opõem-se terminantemente. Noções como liberdade e comunidade entram em conflito, pois tendem à supressão de valores puramente individuais por meio da formação de valores comuns, advindos de uma identidade. Desse modo, a liberdade de um indivíduo fica condicionada aos valores da comunidade, não sendo eles absolutos. Além disso, cria laços identitários entre as pessoas da comunidade.

Aos indivíduos não cabe a preocupação com o caos da saúde pública e os diferentes problemas na gestão da política de fornecimento de medicamentos; eles apenas se preocupam com a possibilidade de ter garantido o acesso ao medicamento, indicado no receituário do médico (por vezes, sob a batuta da indústria farmacêutica), pela via estatal. Numa perspectiva comunitária, existiria essa preocupação.

Nesse sentido, é preciso identificar duas espécies de comunidade: a comunidade propriamente dita, que é aquela em que se deseja participar das demandas coletivas, e a comunidade da sociedade civil (um disfarce para

a massa[22], as ações coletivas massificadas). Em verdade, a sociedade civil também produz a sua comunidade, uma nova comunidade que é produto de réplica, de cópia, de soma de indivíduos (BAUMAN, 2003). As comunidades de solitários substituem a ética (líderes) pela estética (celebridades). O símbolo maior da comunidade organizada de indivíduos é o condomínio fechado, pois produz a segurança necessária para isolar-se de toda a pobreza e de todo o medo exterior, que têm sua origem na periferia. Esse tipo de comunidade baseia-se em um vínculo efêmero. Ademais, é preciso distinguir entre a comunidade primitiva e a comunidade atual. A primeira representa aquela comunidade desenvolvida no início da raça humana, fundada na vida comum de homens como uma unidade, com caracteres tribais ou, regredindo um pouco mais, de horda. Tinha um laço de unidade indestrutível, formado pela legalidade religiosa, cujo imediatismo fica evidenciado na figura do chefe, que, ao menor movimento, dispõe do poder de inclusão e de exclusão daqueles que estão sob o seu comando. Nessa comunidade, o problema da pessoa nem começou a emergir, não representando somente um ponto de partida, mas uma parte da comunidade existente (BUBER, 2008)[23].

O que se pode observar é a propagação de ações individuais, quando não há a disseminação de ações coletivas, mas massificadas. As demandas massificadas são aquelas constituídas por diversos indivíduos (direitos individuais homogêneos). Nesse caso, está-se diante de posturas que não visam a dar um sentido democrático e social ao Estado, mas, pelo contrário, apenas reafirmam a dimensão fundamentalmente liberal do Estado.

22 Na perspectiva de Martin Buber (2008), a massa só poderia ser explicada negativamente, ou seja, dizendo-se o que ela não é. Para esse autor, não se pode confundir massa com povo, pois este seria uma expressão da comunidade (a vida comum dos homens), já aquela é uma necessidade, uma multiplicidade de homens. Ainda, ele trata da questão da massa como uma transição da condição de comunidade ao ingresso na sociedade. A massa quer mudar, quer proclamar, é um vir a ser. Dito de outra maneira, o processo de industrialização, ao romper as relações rurais, ainda baseadas em noções de comunidade (valores comuns, ideal de boa vida), desfaz a forma original de povo e a coloca na condição de transição, na condição de massa. Desse modo, a massa não é uma condição permanente, mas uma transição da comunidade a outra forma, composta por uma sociedade civil individualizada.

23 Além disso, Buber (2008) coloca a comunidade como uma categoria religiosa e não histórica. Considera-a um fato religioso, sendo que aquelas que não são religiosas têm a tendência de se tornarem religiosas e se orientam para isso.

Com efeito, proliferam-se ações buscando a tutela de um direito individual ao fornecimento de medicamento. Em muitos desses casos de tutela individual, trata-se de medicamento não previsto em lista, gerando uma despesa excessiva ao Poder Executivo, além de burlar o planejamento, colocando em risco uma política pública que poderia ser voltada para a coletividade. Em um país que, como visto, possui escassos recursos para a saúde, o deferimento de uma ação individual pode significar o conflito entre a vida de um indivíduo e a vida da coletividade. Além disso, o avanço das tecnologias permitiu o surgimento de formas caríssimas de assistência médica, sendo absurdo tornar a saúde um bem fornecido a qualquer custo[24]. Se houvesse dependência dos valores que a maioria decidisse, pessoas adoecidas que inevitavelmente tivessem como destino breve a morte morreriam antes, pois seria desnecessária a assistência. No entanto, Dworkin (2011) pondera que essas pessoas não deixariam de lado a prorrogação da vida por mais alguns meses. Em tal perspectiva, o princípio do resgate, invocado pelo autor norte-americano, insiste que, sempre que houver possibilidade – ainda que remota – de salvar a vida, a sociedade deverá investir no tratamento. A despeito de tais considerações, não se deve perder de vista que aplicar dessa maneira o princípio, por óbvio, colocaria em risco as finanças do Estado, além da vida de diversos pacientes, tendo em vista que nem todos os tratamentos, descobertos diuturnamente, possuem a tutela governamental adequada para que possam ser utilizados no Brasil.

Como bem reflete Dworkin (2011, p. 447), "o teste seguro prudente também deixa claro por que é tão importante consultar a opinião pública antes de se tomarem as decisões de racionamento". Nesse ponto, concorda-se com a invocação da comunidade para estipular o que seria mais adequado à efetivação da saúde, realizando, em contrapartida, um sopesamento dos riscos e do custo-benefício de determinado medicamento ou tratamento. Do contrário, segue-se com a realização do direito individual à saúde, sem

24 Considerações com base no relato de Ronald Dworkin (2011) acerca do princípio do resgate. Não se perde de vista aqui, em primeiro lugar, o fato de o autor pertencer a uma tradição liberal ou, supostamente, oposta à comunitária (Michael Walzer, por exemplo), mas afeiçoar necessárias considerações sobre seu relato. Também é preciso salientar o caráter privado da assistência médica nos Estados Unidos.

respeito ao direito social. Isso não significa dizer que o Judiciário deixaria de tutelar os direitos fundamentais que deveriam ser abarcados com sua atuação. Ocorre que o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas públicas sejam devidamente implementadas. Ao decidir sem critérios, deferindo todo e qualquer pedido de medicamento em ações individuais, o Poder Judiciário viola a universalidade da prestação e a isonomia no atendimento aos cidadãos, uma vez que esses deferimentos comprometem a coletividade.

Não se pode ignorar, por exemplo, que há no Brasil uma Política Nacional de Medicamentos, facilitando o acesso aos medicamentos essenciais, além de proporcionar o uso racional de medicamentos adequados para cada tratamento. A Portaria nº 3.916/1998 estabelece tal política com base nas recomendações da OMS (WHO, 2003). Visando a configurar uma oferta de medicamentos ajustada às necessidades do país, adotou-se a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME). Assim, com base na situação epidemiológica, identificam-se os maiores problemas de saúde e os medicamentos indispensáveis para o seu tratamento, que ficam permanentemente disponíveis à população que deles necessita. A fim de garantir que a lista seja composta por medicamentos de eficácia comprovada, seguros e com qualidade, o governo brasileiro deve exigir o cumprimento da regulação sanitária e reestruturar a Rede Brasileira de Laboratórios Analíticos em Saúde (REBLAS), para verificar a conformidade dos medicamentos com os padrões registrados. Por fim, há o estímulo à produção local de medicamentos; assim, o Brasil deve estabelecer um incentivo à capacitação e ao desenvolvimento tecnológico nacional e incentivar a pesquisa, objetivando o aproveitamento do potencial terapêutico da flora e fauna nacionais, além de estimular a produção de laboratórios oficiais cuja produção destina-se ao SUS (DALLARI, 2006). A lista de medicamentos não fica, tampouco, estagnada. Na cidade do Rio de Janeiro, para avaliar a necessidade de atualização com inclusão ou exclusão de medicamento, há uma comissão nomeada pela Resolução nº 1.139/2005 da Secretaria Municipal de Saúde.

Como se pode perceber, há políticas públicas na área de saúde, especificamente no tocante ao fornecimento de medicamentos, não sendo correto

afirmar que o Poder Executivo encontra-se inerte, mas tão somente preocupado em negar pedidos de medicamentos. O Estado e o Direito encontram-se assentados em um paradigma liberal (GARCÍA-PELAYO, 1996). O Poder Judiciário soluciona conflitos entre sujeitos individuais, sem qualquer perspectiva de alargamento da função jurisdicional do Estado, pois não caberia a este mais do que proteger a autonomia individual de cada sujeito. Não obstante o advento do Estado Social, tem-se como base o Estado Liberal. Ademais, os responsáveis (Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo) por darem essa nova coloração ao Estado, a partir de objetivos sociais e políticas públicas, encontram-se vinculados à tradição liberal. Ainda, para a efetivação dos objetivos e das políticas públicas, o Estado ordena a alocação de recursos e a realização de ações.

Nessa medida, a tutela individual pode se tornar o antídoto para um indivíduo e o veneno para a coletividade. A ação coletiva é o modelo mais adequado de intervenção do Judiciário na esfera da administração pública para a defesa de interesses dessa espécie, principalmente para a inserção de medicamento ou tratamento na lista, tendo como grande vantagem o benefício da coletividade, no caso de seu deferimento. A demanda de tipo individual fica sustentada nas opções de compra do consumidor diretamente no mercado, porque independem de qualquer organização coletiva[25]. No Brasil, por se tratar de um Estado de modernidade tardia, essa situação agrava-se, pois não há uma tradição de Estado Social; logo, proliferam ações individuais que, pouco a pouco, comprometem (o seu deferimento) a aplicação de recursos voltados à saúde.

25 "A maior prova de que o temor, em muitos casos, é evidente – e de que na existe doutrina sólida construída sobre o tema – decorre da constatação que as decisões mais aplaudidas, em maior freqüência, são tomadas em feitos individuais, como acontece na área da saúde, o que pode se justificar pela proximidade do juiz com as partes, pela normalmente menor repercussão orçamentária das decisões pela maior capacidade de perceber as conseqüências inapeláveis de uma ausência de postura jurisdicional. Além disso o conflito é solucionado de imediato e não há que se fazer maiores incursões sobre a atividade administrativa. Poucos, contudo, se aventuram no efetivo controle da atividade mais ampla, **tendente à implementação de políticas públicas em geral, por intermédio de ações coletivas. E isso é paradoxal, pois, como visto, o perfil das políticas públicas mais se afina com a proteção coletiva do que com a tutela individual**" (BARROS, 2008, p. 169, grifo nosso).

Defende-se não a supressão das demandas individuais, mas a valorização das ações coletivas. Contudo, estas não devem se tornar uma cumulação de indivíduos demandando um direito à saúde, corporificado, nesse caso, pelo fornecimento de medicamento; pelo contrário, têm como função a participação (democrática) das pessoas na realização das políticas públicas de saúde, permitindo à comunidade apresentar seus valores e sua forma de interação. Isso não significa uma supressão das individualidades ou do seu "ismo". Dito de outro modo, a demanda coletiva seria o meio adequado, por ser porosa à comunidade e por permitir a participação, ao modelo de Estado Democrático de Direito constante na CRFB/88. A perspectiva comunitária permitiria uma forma de integração entre os Poderes Executivo e Judiciário, além da participação da comunidade na elaboração e execução das políticas públicas.

Na medida da sua existência, a comunidade nunca é realizada pelo indivíduo; diferentemente do Estado, que surge de um querer, a comunidade é uma associação que não é formada pela vontade. Segundo o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2008), a comunidade tem os seguintes caracteres: distinção (visibilidade, onde começa e termina, nós e eles), pequenez (comunicação entre os de dentro é densa e alcança tudo), autossuficiência (em relação a eles) e mesmidade (homogeneidade). Coloca a homogeneidade como um desafio ao equilíbrio da comunicação entre os **de dentro** e os **de fora**, antes inclinada ao exterior, complicando a distinção entre **nós** e **eles**. A mesmidade evaporar-se-ia quando a comunicação entre os **de dentro** e o **de fora** se tornasse generalizada, ganhando mais peso que as trocas mútuas internas (BARROS, 2008). A evaporação das relações comunitárias dá-se quando a sociedade, chamada por Bauman (2008) de líquida (em oposição à modernidade sólida), passa a invadir a comunidade com seus vínculos fundamentalmente individualistas.

O casamento entre ética e razão instrumental, na proposta de um Estado de Bem-Estar Social, faliu. A razão instrumental separou-se e continua seu caminho sozinha no âmbito estatal, enquanto a ética ficou a cuidar do lar, da comunidade. Numa sociedade individualizada, não é mais necessária a justificação ética do poder estatal (BAUMAN, 2008). Não se justifica mais

o investimento daqueles que possuem a capacidade de consumir para o benefício dos clientes do Estado. Isso se reflete no abandono dos instrumentos coletivos de controle de políticas públicas; tais instrumentos (processuais) permitiriam a participação – e controle – por parte da comunidade no cumprimento do desiderato constitucional, como também aproximaria a comunidade do Estado (corporificado na administração pública).

A organização individual é coberta de angústia pelos consumidores (cidadãos) também, porque vive na instabilidade, não existindo a perspectiva de construção de uma identidade entre seus membros; quer-se o medicamento hoje, agora, e o Estado tem que prestar esse serviço, seja qual for o medicamento, sobrepondo-se, assim, o interesse do indivíduo (do direito individual à saúde). Antes mesmo que se descubra essa identidade, ela já não está na moda (BAUMAN, 2008). De fato, ao analisar o avanço da figura do indivíduo na estrutura estatal a partir do século XIII, Louis Dumont (1987) afirma que em geral não há lugar para a comunidade no plano social, sendo a ideia de comunidade suplantada pela noção de indivíduo, ou seja, substitui-se a comunidade pela sociedade. Toda essa perspectiva de realização do indivíduo desemboca nas ações judiciais individuais (fruto propriamente de um modelo liberal-individualista), as quais, no caso do direito à saúde, colocam em xeque a saúde da coletividade.

De tal feita, no Estado brasileiro há uma acentuada centralização autoritária, o que remonta a Portugal, sendo o Estado uma entidade todo-poderosa capaz de regular todos os aspectos da sociedade civil. Estado e cultura não são propícios à legitimação da diversidade, já a estrutura social é marcantemente rígida, com normas e regras estritas, calcada em um forte controle social dos indivíduos (VELHO, 2008). Os laços mais presentes de socialização não se dão no que se poderia denominar espaço público, mas dentro da estrutura familiar tradicional (mãe, pai, avô, irmão) ou no espaço de comunitarização. A vida em comunidade permite a identificação das pessoas, isto é, uma noção de pessoa que seja capaz de remeter ao todo e não mais à unidade, como ocorre na noção individualizada da sociedade. É como se a totalidade penetrasse o elemento individualidade, para, em seguida, incorporá-lo definitivamente à coletividade e à totalidade.

As relações na comunidade dão-se por proximidade, por pessoalidade. Da relação entre o "eu" e o "tu", surge a abertura para a conexão com o mundo e se desperta uma autoconsciência de "si mesmo", que se desenvolverá e se relacionará com ambos. Nesse sentido, a utilização de instrumentos processuais coletivos à efetivação do direito à saúde pode servir de laço às pessoas da comunidade e promover o processo de socialização, na medida em que eles representam uma abertura democrática ao debate acerca das políticas públicas de saúde.

A garantia de uma jurisdição que valorize o aspecto coletivo (comunitário) tem como condão a possibilidade de democratizar o acesso ao Poder Judiciário, daí uma necessária valorização de espaços de participação, que permitam o acesso da comunidade ao Poder Judiciário, aproximando a cidadania dos processos decisórios. Elementos processuais como as tutelas coletivas e a audiência pública permitem à comunidade sua manifestação ativa, para definir os elementos de sua participação na efetivação e na formulação de políticas públicas de saúde. Nesse tocante, as Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999 regulam o instituto da audiência pública, superam os instrumentos de democracia tradicional e atendem aos anseios comunitários de mais democracia ou de novos parâmetros democráticos. Com isso, há a democratização de outros espaços, que não somente o espaço da política, mas judicial à participação da comunidade, proporcionando a multiplicidade de locais para a promoção da democracia (SUPTITZ, 2009).

De tal forma, todo membro adulto de um Estado Democrático de Direito é um cidadão, mas o que se observa é que as práticas individuais estão dissonantes da esfera política de participação. Para que o cidadão não sucumba às práticas individuais, a comunidade é condição de possibilidade de reinserção ética daquele e não a participação, no âmbito jurisdicional de **cidadãos nominais**. A esses cidadãos, a participação na esfera jurisdicional, visando ao controle de políticas públicas de saúde, é fundamental, permitindo a aproximação entre a comunidade e o centro do poder (STF); de igual sorte, é a utilização de meios, como as ações coletivas (no sentido comunitário).

A supressão das individualidades dá-se na comunidade, em que a coletividade absorve a individualidade. Há, assim, uma maior possibilidade de aproximação entre o "eu" e o "outro" e, consequentemente, uma adesão solidária (colaborativa) (MASSAÚ, 2008). Dito de outro modo, a participação da coletividade, na acepção comunitária, permite um debate amplo e condizente com a própria estruturação de uma política pública. Como o próprio adjetivo diz, a política é pública, ou seja, redunda na realização da cidadania, sendo necessário aproximar a comunidade do Poder Judiciário, no controle de políticas públicas.

Com efeito, a participação nas ações coletivas ocorre por mandatários que publicizam os interesses da comunidade, corolário das questões homogêneas, às quais o grupo subordina-se. Tais relações implicam superação da vida do ser humano apenas como verbos transitivos, não se limitando somente às atividades que têm algo como objeto (BUBER, 2001). Quem diz "tu" não tem um "isso" como objeto da relação, estendo em constante relação, em troca face a face, no ambiente comunitário.

No âmbito das ações individuais, a atuação do Judiciário deveria tender a deferir os medicamentos constantes nas listas elaboradas pelos entes federativos, efetivando as opções formuladas pela administração pública. Cumpre salientar que a elaboração das listas não se dá ao acaso, como visto, mas de acordo com as necessidades prioritárias a ser supridas e os recursos disponíveis, na peça orçamentária, para a saúde. Os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado **tapar-se com esse cobertor curto** (investir em determinado setor

implica deixar de investir em outro)[26]. Em contrapartida, por vezes, por meio de uma demanda individual, o medicamento é deferido apenas pela condição de hipossuficiente do requerente, sem qualquer abertura ao diálogo com a comunidade.

A alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas (seja ação civil pública ou outros instrumentos), primeiramente, porque o debate coletivo obriga a um exame no contexto geral das políticas públicas de saúde e os legitimados têm melhores condições de trazer elementos aos autos; em segundo lugar, porque, no litígio individual, o juiz perde de vista as necessidades relevantes e as imposições orçamentárias (que serão examinadas na esfera coletiva). Por fim, a decisão, na ação coletiva, produz efeitos para todos (BARROSO, 2008).

Com base nas premissas analisadas anteriormente, nota-se a importância da intervenção do Poder Judiciário para a implementação de políticas, como também a necessidade de uma intervenção responsável, considerando as peculiaridades orçamentárias brasileiras e objetivando conferir sentido ao direito à saúde previsto na CRFB/88. Ademais, verifica-se a necessidade de valorizar as demandas coletivas como adequadas (não únicas) para um maior equilíbrio na equação orçamento (gasto público com medicamentos) *versus* efetivação do direito ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo

26 "A vinculação do administrador público à Lei não lhe permite atender a uma necessidade específica de um de seus cidadãos, sem que exista uma previsão específica em lei ou uma política social já implementada pelo Estado. Da mesma forma o juiz não poderá atender a uma necessidade individual (como a determinação da compra de um medicamento especial não previsto em qualquer programa social, por exemplo), com base no dever de proteção dos direitos fundamentais individuais – como o direito à vida, por exemplo – sem que exista um programa prévio de proteção social já implementado. Caso o programa já esteja sendo executado, cumpre ao juiz assegurar o exercício do direito fundamental em juízo. Caso assegure o exercício de um direito fundamental individual, através de uma prestação social positiva ainda não implementada e que vise atender a toda a população, estará afrontando o princípio da isonomia entre cidadãos. Note-se, portanto, que a aparente ofensa ao princípio da separação dos poderes não é a verdadeira tônica deste debate, o qual deve ser procedido a partir da discussão acerca do papel do Estado na distribuição dos recursos públicos entre os cidadãos. A decisão judicial deve servir como instrumento de proteção da isonomia entre os cidadãos e não como fator de desequilíbrio das prestações sociais, impondo à Administração Pública a criação de um programa específico e exclusivo que venha a atender a uma situação individual" (APPIO, 2005, p. 173).

Estado. Agora, cabe analisar o espaço de liberdade (discricionariedade) à administração pública para a determinação de políticas públicas de saúde, sem a intervenção do Poder Judiciário, e o espaço de intervenção deste. Para tanto, é preciso compreender o sentido de políticas públicas no Estado (Social e) Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

Sem dúvida, países em grande ascensão, do ponto de vista das suas economias, como o Brasil, precisam imediatamente repensar a questão dos direitos sociais. Distribuir é avançar, não distribuir representa o aprofundamento de desigualdades históricas. A CRFB/88 tem em seu corpo um programa a ser seguido em matéria de direitos sociais; no caso específico da saúde, há, basicamente, a estruturação das políticas públicas de saúde. Entre tais prestações, existe o fornecimento de medicamentos, gratuitamente. Destarte, os recursos são organizados de forma a atender, dentro de um patamar mínimo, às necessidades dos cidadãos, por meio das políticas públicas; por óbvio, esses recursos são limitados. Entretanto, a limitação não pode dar abrigo à omissão por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

É preciso sopesar um fator sociopolítico importante: o Estado Social e Democrático de Direito brasileiro não é o mesmo que o Estado Social e Democrático de Direito de países centrais. Não se pode confundir o Estado Social alemão com o Estado Social brasileiro, não se pode tratar uma sociedade marcada pela desigualdade como uma sociedade igualitária. Sem dúvida, mesmo países economicamente desenvolvidos, no fim da década de 1970, sofreram com a crise fiscal que colocou em xeque a viabilidade das prestações em direitos sociais. No entanto, avanços já ocorreram nos citados Estados, bem como distribuição e igualitarismo, bastando verificar o desenvolvimento social deles. Nesse sentido, o cenário brasileiro – e, dir-se-ia, latino-americano – requer um pouco de cuidado; isso porque o processo de democratização e o avanço em termos de direitos sociais ocorreram na década de 1980, com novas Constituições e a promessa (constitucional) da redução das desigualdades. Eis que o direito não se realiza no campo das promessas,

portanto ao Legislativo e ao Judiciário caberiam políticas públicas sociais para efetivar tais direitos.

Entretanto, o ideário político que comandava os governos brasileiros na década de 1990 representa exatamente o enxugamento do Estado Social, a diminuição do gasto em direitos sociais, ou seja, a não efetivação do previsto na Carta Magna; assim, retrocesso e omissão dão o tom. O Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, assume um papel fulcral de intervenção e promoção, na omissão dos direitos sociais, como o direito à saúde. Dessa forma, os cidadãos, não sendo atendidos pelo Executivo, buscam a tutela de seus direitos junto ao Judiciário. Contudo, no caso de a administração pública ter uma política pública de saúde que atenda constitucionalmente ao mínimo previsto, o casuísmo de decisões (a justiça individual) pode custar à justiça geral (política pública de saúde a todos).

Obviamente, o Poder Judiciário não pode nem deve perder seu poder de atuação em matéria de políticas públicas de saúde. A provocação realizada é para instigar novas formas de litigar que transformem o processo judicial, em casos de políticas públicas sociais, num campo de atuação condizente à pluralidade social, tornando-o um campo fértil em debater a justiça geral, daí as chamadas demandas comunitárias. Portanto, é preciso repensar não somente o grau de intervenção do Judiciário, mas os instrumentos utilizados por ele para o controle de políticas públicas sociais. Ao tratar desse tema, é preciso ter em vista a realização da justiça geral, para que então possam ser revistas as políticas públicas sociais adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Do contrário, a atuação do Judiciário pode acarretar prejuízos em termos de justiça geral.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e século XXI**: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Indicadores econômicos**: produto interno bruto. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?INDECO>. Acesso em: 2 nov. 2008.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENSAÏD, Daniel. **Os irredutíveis**: teoremas da resistência para o tempo presente. São Paulo: Boitempo, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação

declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1999.

_____. Ministério da Saúde. **Ações judiciais comprometem política pública de saúde**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_ detalhe.cfm?co_seq_noticia=53828>. Acesso em: 4 nov. 2008.

_____. Ministério da Saúde. **Indicadores e dados básicos do Brasil (1995-2006)**. 2007. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2007/e07_2000.htm>. Acesso em: 2 nov. 2008.

_____. Ministério da Saúde. Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 nov. 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e crise no Brasil**: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula. São Paulo: 34, 2003.

BUARQUE, Cristovam. **O colapso da modernidade brasileira e uma proposta alternativa**. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1991.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. São Paulo: Centauro, 2001.

_____. **Sobre a comunidade**. São Paulo: Perspectiva, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O conceito de política pública em direito. In: _____. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **"Custos do Estado" e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem & teatro de sombras**. Rio de Janeiro: UFRJ; Relume-Dumará, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

COSTA, Nilson do Rosário. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação**: saúde e saneamento na agenda social. São Paulo: Hucitec, 1998.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o direito**: da modernidade à postmodernidade. Coimbra: Almedina, 1991. v. 2.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Madrid: Hispana Libros, 2005.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças**: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DUMONT, Louis. **Ensayos sobre el individualismo**. Madrid: Alianza, 1987.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FAORO, Raymundo. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FOUGEYROLLAS, Pierre. **A atração do futuro**: ensaio sobre a significação do presente. Lisboa: [s.n.], 1991.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996.

GONÇALVES, Maria do Carmo dos Santos. **Políticas de humanização e o direito à saúde no Rio Grande do Sul**. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JUNIOR, Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HOBSBAWN, Eric. **A era das revoluções**: 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Carl. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e justiça. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 17, p. 45-52, nov. 2001.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A possibilidade da diferença: o indivíduo e a pessoa e a sociedade e a comunidade. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, Itajaí, v. 3, n. 3, p. 385-413, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Neocolonialismo e direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p. 1-13, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/revistas.asp>. Acesso em: 23 maio 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORUS, Tomás. **A utopia ou o tratado da melhor forma de governo**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1997.

REDE INTERAGENCIAL DE INFORMAÇÃO PARA A SAÚDE. **Indicadores básicos para a saúde no Brasil**: conceitos e aplicações. Brasília, DF: OPAS, 2008.

RIO DE JANEIRO (Cidade). Secretaria Municipal de Saúde. Resolução n. 1.139, de 4 de abril de 2005. **Diário Oficial do Município**, Rio de Janeiro, 5 abr. 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The social contract**. London: Penguin Books, 2003.

SADER, Emir. **A nova toupeira**: os caminhos da esquerda latino-americana. São Paulo: Boitempo, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 6, p. 163-205, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtinier. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008a.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUPIOT, Alain. ***Homo juridicus***: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SUPTITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

TOQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – livro 1: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). Apelação Cível n. 2001.71.00.026279-9. Relator: Roger Raupp Rios. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 23 ago. 2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.

br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1838268&hash=a3e1f66fbd7cfb9f211d00cc73ba3912>. Acesso em: 4 nov. 2008.

VELHO, Gilberto. **Individualismo e cultura**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e as relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; MENDES, Andréia Cristina Rosa. **A evolução dos gastos com medicamentos**: o crescimento que preocupa. 2007. Disponível em: <http://abresbrasil.org.br/sites/default/files/mesa_07_-_fabiola_gastos_medicamentos.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2008.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

WACQUANT, Loïc. **Las cárceles de la miseria**. Buenos Aires: Manantial, 2004.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). WHO Expert Committee on the Selection and Use of Essential Medicines. **The selection and use of essential medicines**: report of the WHO Expert Committee. Geneva, 2003.

Correspondência | Correspondence:

Hector Cury Soares
Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA, Campus Santana do Livramento, Rua Barão do Triunfo, 1048, Centro, CEP 97.573-590. Santana do Livramento, RS, Brasil.
Fone: (55) 3243-4540.
Email: hectorcury@gmail.com

Recebido: 02/03/2013.
Aprovado: 16/04/2013.

Nota referencial:

SOARES, Hector Cury. A racionalização de recursos voltados às políticas públicas de saúde: a justiça geral e a justiça individual. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 15, n. 1, p. 97-140, jan./abr. 2013. Quadrimestral.