



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ALEXANDRE FELIX GROSS**

**DESIGUALDADE DE ACESSO À SAÚDE NO BRASIL E  
CONSEQUÊNCIAS REDISTRIBUTIVAS DA JUDICIALIZAÇÃO**

**Brasília**

**2019**

**Alexandre Felix Gross**

**Desigualdade de Acesso à Saúde no Brasil e Consequências Redistributivas da  
Judicialização**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Linha de Pesquisa: Transformações na ordem social e econômica e regulação.

Orientador: Prof. Dr. Valcir Gassen

Brasília

2019

**Alexandre Felix Gross**

**Desigualdade de Acesso à Saúde no Brasil e Consequências Redistributivas da  
Judicialização**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovado em 18/03/2019

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Valcir Gassen – Orientador  
UNB

---

Prof. Ricardo Lodi Ribeiro  
UERJ

---

Prof. Argemiro Cardoso Moreira Martins  
UNB

*Ao meu pai e maior exemplo, Leandro Gross.*

## AGRADECIMENTOS

Acredito que toda obra intelectual é fruto de um esforço coletivo. Por trás do nome do autor, há um sem número de anônimos que foram fundamentais para a construção das condições necessárias à produção do conhecimento. Como bem nos lembra Thomas Piketty, é um privilégio que nós, cientistas sociais, possamos nos dedicar – mais que os outros – ao estudo. De alguma forma, as estruturas sociais e econômicas se desenharam de modo a financiar nossas pesquisas, e isso deve ser entendido não apenas como um privilégio, sobretudo como uma enorme responsabilidade. É nosso dever nos dedicarmos às questões que causam sofrimento às pessoas, às causas do descumprimento das promessas da modernidade e às maneiras através das quais podemos mudar uma sociedade marcada pelas suas profundas iniquidades. Assim, penso que a melhor maneira de me colocar à altura dessa responsabilidade é dedicar minha pesquisa à compreensão de uma das grandes injustiças impostas às camadas mais pobres de nossa população: o acesso desigual à saúde e a maneira como ele se relaciona com o sistema jurídico.

Mas não apenas a sociedade como um todo nos auxilia. Nossos familiares, amigos e professores também exercem um papel fundamental nessa jornada. Correndo o risco de cometer injustiças, passo a mencionar algumas das pessoas sem as quais essa dissertação não existiria.

Agradeço aos meus pais, Leandro e Zajea, que tiveram um papel fundamental na minha formação enquanto cidadão: souberam me transmitir, sempre com muita naturalidade, valores que aliam consciência social e empatia com a importância do esforço individual. Sem esses valores esse trabalho não teria sido possível.

À minha esposa, Manuela, que ao longo dos últimos (1)2 anos esteve ao meu lado nas conquistas e nas frustrações, revisando meus textos e incentivando meus sonhos. Obrigado por estar ao meu lado. Te amo.

Ao meu filho, Lorenzo, que foi a companhia que tornou menos solitária a elaboração dessa dissertação. Tem sido um amigo paciente, que soube ouvir muitos e muitos “não posso brincar”, rs.

Aos meus tios, Loussia e Terrie, a quem eu devo o incentivo e a inspiração para trilhar meu caminho no campo da pesquisa científica. Nesses dois anos do mestrado, me acolheram em Brasília e me proporcionaram ensinamentos que foram fundamentais para a minha formação.

Ao meu irmão, Thomas, que compartilha comigo as frustrações e indignações geradas pelas graves e inaceitáveis desigualdades socioeconômicas de nosso país, me propiciando enxergar o problema sob uma ótica diferente: a da economia.

Por fim, ao meu orientador, Professor Valcir Gassen. As reflexões que suas aulas me proporcionaram permitiram que eu enxergasse os problemas do nosso campo sob uma outra perspectiva, sem a qual esse trabalho sequer teria sido pensado. Valcir sempre chama a atenção de seus alunos para a relação de seus objetos de pesquisa com as iniquidades que marcam nossa sociedade, o que, é evidente, influenciou muito o rumo deste trabalho.

Obrigado a todos.

## RESUMO

A Constituição da República de 1998 foi responsável pela criação de um sistema público de saúde universal, gratuito e integral, erigindo o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais sociais. Contudo, com o passar dos anos, generalizou-se entre a população a percepção de que a promessa constitucional não foi cumprida. As graves, persistentes e inegáveis carências do Sistema Único de Saúde (SUS), aliadas ao protagonismo assumido pelas instâncias judiciais, acabaram por transferir parte do lócus de implementação do direito à saúde dos poderes executivo e legislativo para o judiciário, naquilo que se convencionou chamar de *judicialização da saúde*. As milhares de demandas determinando a entrega de medicamentos, internações hospitalares etc., chamaram a atenção de pesquisadores que passaram a questionar a legitimidade do judiciário e o impacto sobre a sustentabilidade das políticas de saúde. Em grande parte, as pesquisas jurídicas sobre o tema também se dedicaram à delimitação do âmbito de eficácia jurídico-normativa do direito à saúde, sendo conhecida a produção acadêmica sobre temas como *mínimo existencial e reserva do possível*. Este trabalho, no entanto, adota uma diferente abordagem sobre o fenômeno da judicialização da saúde, preocupando-se, essencialmente, com as suas consequências redistributivas. Isto é, com a possibilidade de se operar uma concretização igualitária e generalizante do direito à saúde pelo sistema de justiça. A pergunta que norteia a pesquisa, portanto, é se o modelo de judicialização construído pelos tribunais a partir dos anos 1990 promove equidade ou acentua as iniquidades percebidas no campo do acesso à saúde. Em outras palavras, o objetivo é investigar se, na intersecção entre o sistema de saúde e o sistema de justiça, onde prevaleceu o modelo de judicialização ampla e irrestrita, que entende possível entregar tudo a todos, promove-se equidade ou acentuam-se as iniquidades percebidas no acesso à saúde no Brasil. Como hipótese de trabalho, afirma-se que, ao realizar escolhas alocativas inconscientes, ignorando o problema da escassez de recursos, o judiciário favorece grupos sociais que possuem melhor acesso à justiça, e que são, via de regra, os mesmos grupos que experimentam melhores condições de acesso à saúde. Como consequência, verifica-se uma acentuação da regressividade no gasto em saúde, notadamente do gasto com medicamentos. Tem-se, portanto, que há uma sobreposição das iniquidades percebidas no campo da saúde, as quais são determinadas por fatores socioeconômicos como renda, local de residência, região do país, escolaridade etc.

## PALAVRAS-CHAVE

**Judicialização; Saúde; Consequências; Iniquidades; Escassez.**

## ABSTRACT

The Constitution of 1998 created a universal, free and integral public health system, placing the right to health at the category of fundamental social rights. Over the years, however, the perception that the constitutional promise has not been fulfilled has become widespread among the population. The serious, persistent and undeniable shortcomings of the Unified Health System (SUS), together with the role played by judicial bodies, transferred part of the locus of implementation of the right to health of the executive and legislative branches to the judiciary, in what is conventionally called of health judicialization. The thousands of demands determining the delivery of medicines, hospitalizations, etc. have drawn the attention of researchers who have come to question the legitimacy of the judiciary and the impact on the sustainability of health policies. In large part, legal research on the subject has also been devoted to delimiting the scope of juridical and normative effectiveness of the right to health, being known the academic production on subjects as existential minimum and reserve of the possibilities. This work, however, adopts a different approach on the phenomenon of the judicialization of health, being essentially concerned with its redistributive consequences. That is, with the possibility of operating an egalitarian and generalizing realization of the right to health by the justice system. The research question, therefore, is whether the judicial model constructed by the courts from the 1990s promotes equity or accentuates perceived inequities in the field of access to health care. In other words, the objective is to investigate whether, at the intersection between the health system and the justice system, where the model of wide and unrestricted judicialization prevailed, which considers possible to deliver everything to all, equity is promoted or perceived inequities in the field of access to health in Brazil are accentuated. As a working hypothesis, it is stated that by making unconscious allocative choices, ignoring the problem of scarce resources, the Judiciary favors social groups that have better access to justice, which are, as a rule, the same groups that experience better access to health. As a consequence, there is an accentuation of regressivity in health spending, especially drug spending. There is, therefore, an overlap of perceived inequities in the health field, which are determined by socioeconomic factors such as income, place of residence, region of the country, schooling, etc.

## KEYWORDS

**Judicialization; Health; Consequences; Iniquities; Scarcity.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>Capítulo I – Da Constitucionalização Simbólica à Judicialização Simbólica: o problema da concretização de direitos sociais no Brasil</b> .....	17
1.1. Os direitos fundamentais sociais .....	18
1.2. O déficit de efetividade dos direitos sociais. ....	24
1.3. Constitucionalização simbólica, subintegração e sobreintegração.....	31
1.4. A judicialização simbólica dos direitos sociais .....	35
<b>Capítulo II –Escolhas Trágicas, Justiça Distributiva e a Insuficiência dos Modelos Jurídicos Formalistas</b> .....	40
2.1. Escolhas trágicas, custos dos direitos e a importância de se utilizar critérios jurídicos para pautar decisões alocativas de recursos escassos .....	41
2.2. As escolhas trágicas como instrumento de distribuição do produto da cooperação social e a teoria igualitária de John Rawls.....	48
2.3. A insuficiência dos modelos formalistas de análise para lidar com as escolhas trágicas e a alternativa consequencialista .....	54
<b>Capítulo III – Desigualdades Socioeconômicas no Brasil, Acesso à Saúde, Acesso à Justiça, e Consequências Redistributivas da Judicialização</b> .....	62
3.1. As políticas públicas como instrumento de concretização de direitos sociais .....	63
3.2. O financiamento dos serviços de saúde: escolhas da matriz tributária brasileira.....	67
3.3. O gasto público em saúde e seu papel redistributivo.....	75
3.4. Iniquidades em saúde no Brasil: acesso a serviços de saúde e fatores determinantes de saúde e doença .....	83
3.5. Desigualdade de acesso à justiça no Brasil .....	90
3.6. Consequências da judicialização sobre a distribuição dos recursos escassos: quem são os beneficiários da judicialização da saúde no Brasil? .....	96
3.7. A judicialização da saúde como agente potencializador do acesso desigual às prestações de saúde .....	103
<b>CONCLUSÃO</b> .....	111
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	116

## INTRODUÇÃO

O advento da Constituição de 1988 significou a criação de um sistema de saúde público, universal, integral e gratuito. Trinta anos depois, e apesar de suas conhecidas deficiências, o Sistema Único de Saúde (SUS) delineado pelo constituinte originário pode ser considerado implementado. Em 2017 foram realizados 3.909.667.435 (três bilhões, novecentos e nove milhões, seiscentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e trinta e cinco) procedimentos ambulatoriais<sup>1</sup>, 11.661.095 (onze milhões, seiscentos e sessenta e um mil e noventa e cinco) procedimentos hospitalares<sup>2</sup> e aplicadas 177.023.554 (cento e setenta e sete milhões, vinte e três mil, quinhentas e cinquenta e quatro) doses de vacina<sup>3</sup>. O SUS tem mais de duzentos milhões de usuários, a totalidade da população brasileira. Sua rede de ações inclui a atenção básica, de média e de alta complexidade, a ordenação da formação de recursos humanos na área da saúde, os serviços de urgência e emergência, as ações e serviços de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental e de assistência terapêutica, inclusive farmacêutica, dentre outras (Lei n.º 8.080/90, arts. 1º a 6º). Alguns de seus programas, como a *Estratégia Saúde da Família* e o *Programa Nacional de Imunizações* são considerados exemplos de sucesso entre os sistemas nacionais de saúde<sup>4</sup>.

Mas o SUS também é marcado por suas carências. São constantes as denúncias de falta de médicos, filas intermináveis para a realização de cirurgias eletivas, demora excessiva para a realização de exames, capilaridade insuficiente e sucessivas crises de gestão que, por vezes, resultam até na falta de insumos básicos em algumas unidades federativas. A maior parte desses problemas está relacionada ao subfinanciamento, à ineficiência da gestão e à concorrência por recursos financeiros, humanos e técnicos com o sistema privado complementar (PIOLA, 2011, p. 80).

A partir do final da década de 1990, à complexidade do SUS foi adicionado um novo elemento: a *Judicialização da Saúde*. O reconhecimento de um amplo rol de direitos

---

<sup>1</sup> Disponível em <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sia/cnv/qauf.def>. Acesso em 24/07/2018

<sup>2</sup> Disponível em <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sih/cnv/qgbr.def>. Acesso em 24/07/2018.

<sup>3</sup> Disponível em <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?pni/cnv/dpniuf.def>. Acesso em 24/07/2018.

<sup>4</sup> Os números são ainda mais impressionantes se considerarmos que as políticas públicas de saúde no Brasil abrangem não só a prestação direta de serviços, mas também o financiamento da saúde complementar privada pelo gasto tributário em saúde. Em 2013, a transferência de recursos públicos, via renúncia fiscal, superou a quantia de vinte e cinco bilhões de reais, correspondendo a 20% do gasto total em saúde no Brasil (IPEA, 2016). Apesar de a Constituição estabelecer que a saúde é um direito de todos e que o acesso aos serviços de saúde deve ser universal, apenas uma parcela privilegiada da população tem acesso ao financiamento pela via do gasto tributário.

sociais e econômicos pela Constituição de 1988, o protagonismo institucional do Poder Judiciário e o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, calcada nos princípios da força normativa e da máxima efetividade da Constituição, delinearam o cenário em que juízes e tribunais assumem uma postura ativista diante de demandas que, fundadas em um direito subjetivo público à saúde, condenam os Entes Federados a entregar prestações de saúde curativa a sujeitos determinados.

Baseando-se na redação dos arts. 5º, §1º, 6º e 196, da CR/88<sup>5</sup>, magistrados que antes se julgavam incompetentes<sup>6</sup> para interferir nas políticas públicas, passaram a adjudicar prestações de saúde àqueles que batiam às portas do Judiciário. Os direitos sociais, e especialmente o direito à saúde, que até então pareciam ter apenas conteúdo programático, passaram a ter, pelo menos sob a ótica da microjustiça, exigibilidade plena e imediata. A judicialização surgiu como uma solução simples e eficaz para dar cabo do sentimento generalizado entre os brasileiros de que a Constituição seria incapaz de assegurar a fruição de direitos sociais. Decisões judiciais poderiam determinar a entrega de prestações de saúde não disponibilizadas pelo sistema, concretizando o mandamento constitucional com relativa facilidade.

A realidade, contudo, apresentou-se mais complexa. Em pouco tempo o cumprimento dessas ordens passou a consumir parcela considerável do orçamento destinado à saúde. Gestores da área começaram a denunciar o engessamento e a desorganização das políticas públicas causados por ordens de entrega de medicamentos, realização de cirurgias e internações e, em casos extremos, de custeio de tratamentos experimentais, inclusive no exterior. A sustentabilidade do sistema foi ameaçada por aquilo que, à primeira vista, seria a solução para o déficit de efetividade do direito social à saúde.

Desde então, a tutela jurisdicional dos direitos sociais gera calorosos debates nos universos acadêmico, político e judicial. Seus defensores sustentam que decisões que adjudicam prestações são um mecanismo adequado à efetivação do direito social à saúde, sendo que o ativismo judicial teria como consequência o aprimoramento das políticas públicas (KRELL, 1999; PIOVESAN, 2008; VIEIRA, 2006; PRADO, 2013). Esse é o posicionamento

<sup>5</sup> Art. 5º (...) §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 6º - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196 - 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.

<sup>6</sup> O termo aqui não é utilizado segundo seu significado na Teoria Processual, refere-se à legitimidade dos magistrados.

que parece preponderar no Poder Judiciário, onde são constantes as decisões que enfrentam o tema como um conflito entre o direito à vida e empecilhos orçamentários do Estado, na grande maioria das vezes se posicionando a favor do primeiro.

Por outro lado, aqueles que se dedicam a demonstrar suas falhas e incongruências frequentemente abordam questões como a falta de legitimidade democrática e de *expertise* do Judiciário para se imiscuir nas políticas públicas de saúde, a falta de critérios para responsabilizar cada ente federado e para identificar os tratamentos devidos, a dificuldade de lidar com a questão sob a ótica da microjustiça e o desprezo com que magistrados normalmente lidam com o argumento da escassez de recursos (AMARAL, 2010; BARCELLOS, 2010; FERRAZ, 2010, 2011; FERRAZ; VIEIRA, 2009; SILVA; TERRAZAS, 2011; SARMENTO, 2008; WANG, 2008, dentre outros).

No Poder Judiciário, contudo, a exigibilidade plena e irrestrita do direito à saúde parece ser um caminho sem volta. O argumento da *reserva do possível*, principal arma utilizada pela Fazenda Pública em juízo, não foi capaz de sensibilizar os tribunais. Via de regra, as decisões passaram a consignar que o direito à saúde, intrinsecamente ligado ao direito à vida, não deve ser limitado por interesses financeiros e secundários (v.g. STF, RE n.º 271.286 e RE n.º 393.175).

O mais próximo que o Judiciário esteve da autocontenção em matéria de judicialização da saúde ocorreu em 2009, quando o Supremo Tribunal Federal promoveu um amplo e exitoso debate sobre o tema em audiência pública. Entre abril e maio daquele ano, a Corte ouviu juristas, especialistas e gestores da área da saúde, “objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde”<sup>7</sup>.

Entretanto, os debates ali realizados não foram suficientes para proporcionar uma inflexão na postura dos tribunais. Embora algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas após a realização da audiência, tenham sido mais comedidas e colocado condicionantes ao deferimento dos tratamentos (v.g. STF, STA n.º 424), prevalece o entendimento jurisprudencial que enxerga nessas demandas um conflito entre o direito à vida e interesses meramente financeiros do Estado, o que torna mais “confortável” a adoção de um posicionamento pela existência de um direito absoluto a qualquer tratamento necessário, independentemente de seus custos (AMARAL, 2010, p. 130; AMARAL; MELO, 2010, pp.

---

<sup>7</sup> Despacho convocatório da Audiência Pública sobre o direito à saúde. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf). Acesso em 26/07/2018.

79-82). Isso significa ignorar por completo o problema da escassez, o fato de que cada uma dessas decisões representa uma alocação seletiva de recursos e, pior, se nega a refletir sobre quais os critérios que informam essas alocações, isto é, quais os critérios que serão utilizado na escolha do que entregar e a quem entregar. O problema quase sempre é colocado como um conflito entre o litigante e um Estado ineficiente e corrupto, desconsiderando a realidade marcada pela competição de toda a população por recursos financeiros, humanos e tecnológicos inexoravelmente escassos (AMARAL, 2010, pp. 100-102; FERRAZ, 2011, pp. 1658–1663).

Ao alocar recursos escassos no âmbito da judicialização da saúde, magistrados fazem, segundo classificação que ficou conhecida pela obra de Calabresi e Bobbit, *escolhas trágicas* que desafiam os acordos morais da sociedade (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 18). E ao omitir-se sobre a questão da escassez, julgando imoral qualquer consideração dessa ordem, realizam escolhas inconscientes ou aleatórias, que podem se revelar profundamente desiguais (CALABRESI; BOBBITT, 1978, pp. 43-45). Ignorar o problema não o torna menos trágico. Evitar refletir sobre os critérios de alocação não previne que decisões trágicas sejam tomadas, mas apenas impede que se tenha controle sobre elas ou que sejam dirigidas a soluções mais igualitárias.

A escassez de recursos torna inevitável a adoção de escolhas alocativas trágicas no campo da saúde. A questão que se coloca é se o direito a todo e qualquer tratamento de saúde pode ser implementado com equidade, isto é, se a competição por recursos travada dentro do Poder Judiciário, sob a lógica de um modelo de judicialização que não leva a escassez e os custos à sério, atende a critérios de justiça e equidade.

A pergunta colocada como problema de pesquisa é se o modelo de judicialização da saúde construído pelos tribunais a partir dos anos 1990 promove equidade ou acentua as iniquidades percebidas no campo do acesso à saúde. Na ausência de um critério racional que pautas as decisões judiciais na escolha de quem atender e quais tratamentos custear, quem são os beneficiados? Esse modelo atende a demanda por equidade ou favorece justamente aqueles que já possuíam melhores condições de acesso à saúde?

Não se trata de questionar, portanto, qual o alcance do direito social à saúde instituído pelo art. 196, da CR/88. O problema que fundamenta este trabalho não é o da delimitação da abrangência ou da eficácia normativa deste direito social, seja em termos teóricos - mais amplos – ou em relação a casos concretos específicos. Assim, não se trata de delimitar a abrangência do chamado mínimo existencial, a parcela exigível de direitos sociais

da qual depende a liberdade fática do indivíduo, estando, por isso, fora do alcance da deliberação dos poderes constituídos.

Também não se deseja questionar a legitimidade do controle judicial das políticas públicas, tema que já é pacífico na jurisprudência dos tribunais. Ao contrário, pretende-se compreender qual o papel exercido pelo Judiciário na promoção dos direitos sociais e se ele funciona, efetivamente, como uma voz institucional para os mais pobres (GLOPPEN, 2006, p. 36). Dessa forma, a pesquisa tem por objeto o modelo de judicialização da saúde predominante no Brasil a partir dos anos 1990, em que o Poder Judiciário, omitindo-se sobre a questão da escassez de recursos, faz escolhas trágicas inconscientes e aleatórias, privilegiando, segundo a hipótese adotada, os que possuem melhores condições de acesso à justiça. O objetivo é se afastar das análises que, ao ignorar aspectos das relações econômicas, políticas e sociais existentes na sociedade brasileira, optam pela repetição do conhecimento dogmático.

Posto isso, é possível afirmar que a pesquisa adota a vertente jurídico-sociológica<sup>8</sup>, dando ênfase ao estudo dos impactos da judicialização sobre a equidade no acesso à saúde e permitindo uma compreensão mais ampla do fenômeno jurídico do que a possibilitada pelas análises exclusivamente dogmáticas e normativistas. O tipo de pesquisa proposto é o teórico-empírico-propositivo, uma vez que, será realizada uma revisão da literatura sobre os conceitos estudados, bem como serão extraídas informações da realidade fática das relações entre acesso à saúde, acesso à justiça e desigualdades socioeconômicas no Brasil, apresentando, por fim, propostas de reforma, tendo sempre como parâmetro a concretização igualitária do direito à saúde.

Sob esse aspecto, é adequado afirmar que a pesquisa adota um referencial teórico consequencialista, na medida em que se preocupa com as consequências redistributivas de um modelo de judicialização ampla, irrestrita e com ênfase em ações judiciais individuais. O consequencialismo pretende empregar às análises jurídicas uma legítima preocupação com as consequências reais das decisões judiciais, afastando-se da interpretação puramente formal baseada em modelos jurídicos abstratos. Abandona-se, pelo menos em parte, preocupações com a reafirmação da eficácia lógico-formal do ordenamento – típicas de modelo formalistas de interpretação – para conferir maior ênfase às consequências. Embora consequencialista, a pesquisa se afasta de posições utilitaristas e/ou organicistas, pois, como será visto, não

---

<sup>8</sup> De acordo com Miracy Gustin e Maria Tereza Dias, a vertente jurídico-sociológica “propõe-se a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Analisa o direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e de efetividade das relações Direito/sociedade” (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22).

prescinde da orientação por um elemento moral ligado à justiça material, especialmente porque a preocupação principal é com as consequências sobre a fruição igualitária do direito fundamental à saúde. A análise consequencial aqui proposta, por incorporar posições jurídicas deontológicas, se aproxima mais daquela defendida por Amartya Sen (SEN, 1999) e por John Rawls (RAWLS, 2016) e menos, portanto, do consequencialismo utilitarista ou pragmatista.

A hipótese de pesquisa, por sua vez, consiste em afirmar que o modelo de judicialização da saúde predominante no Brasil falha com o postulado da equidade. Ao realizar escolhas trágicas inconscientes, ignorando o problema da escassez de recursos, o Judiciário favorece grupos sociais que possuem melhor acesso à Justiça, e que são, via de regra, os mesmos grupos que experimentam melhores condições saúde. Tem-se, portanto, que há uma sobreposição das iniquidades percebidas no campo da saúde, as quais são determinadas por fatores como renda, local de residência, região do país, escolaridade etc.

Não se trata de afirmar que não há déficit de efetividade<sup>9</sup> de direitos sociais no Brasil, e que, diante deste cenário, não estaria o Judiciário autorizado a agir. Pelo contrário, parte-se da premissa de que o Poder Judiciário não apenas possui legitimidade como a ele a Constituição delega uma função de protagonismo na conformação e concretização dos direitos fundamentais sociais. Igualmente, não se pretende tomar posição no debate que se coloca entre o ativismo e a autocontenção judicial. O objeto da pesquisa recai sobre um modelo específico de judicialização e seus efeitos sobre a fruição igualitária do direito à saúde, de modo que as conclusões aqui alcançadas não permitem condenar definitivamente uma ou outra posição naquele debate.

A questão, portanto, passa por entender quais são os grupos sociais favorecidos pela forma como o Poder Judiciário tem exercido sua função e se o resultado desse modelo é compatível com os postulados da igualdade material e da equidade em saúde. As decisões disjuntivas realizadas no campo da judicialização da assistência farmacêutica devem ser compatíveis com a concepção de uma justiça distributiva orientada por valores igualitários, o

---

<sup>9</sup> O conceito de efetividade ou eficácia social refere-se à observância da norma no mundo real, ou seja, preocupa-se com a aplicabilidade empírica da norma e não meramente com sua eficácia normativa. Sobre o tema, é valiosa a lição de Marcelo Neves: “Distingue-se tradicionalmente a eficácia no sentido jurídico-dogmático da eficácia em sentido ‘sociológico’. A primeira refere-se à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou melhor, à sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade. A pergunta que se põe é, nesse caso, se a norma preencheu as condições intra-sistêmicas para produzir os seus efeitos jurídicos específicos. No sentido ‘empírico’, ‘real’ ou ‘sociológico’ – acolhido, no entanto, na ‘Teoria Pura do Direito’-, a eficácia diz respeito à conformidade das condutas dos destinatários à norma. A pergunta que se coloca é, então, se norma foi realmente ‘observada’, ‘aplicada’, ‘executada’ (imposta) ou ‘usada’. É essa questão que interessa aqui, ou seja, o problema da eficácia em sentido ‘empírico” (NEVES, 2011, p. 43).

que, segundo a hipótese apresentada, não ocorre quando juízes e tribunais, atuando sob a ótica da microjustiça, entendem ser possível entregar tudo a todos.

De certa forma, os direitos sociais estão no centro de um debate em que se colocam duas perspectivas dissonantes. De um lado, parcela da dogmática constitucional insiste em diferenciá-los dos direitos liberais clássicos segundo os custos inerentes à sua concretização. De outro, o ativismo judicial que, se têm a importância de reafirmar a justiciabilidade e a máxima eficácia dos direitos sociais, peca por desconsiderar as consequências de sua atuação sobre a sustentabilidade das políticas públicas e sobre a fruição igualitária desses direitos. Assim, a abordagem proposta por este trabalho possui três diferentes eixos, que se relacionam com cada um dos capítulos: i) analisar o déficit de efetividade dos direitos sociais e procurar compreender a judicialização enquanto resposta do sistema de justiça; ii) propor, a partir das aproximações teóricas que compreendem que a concretização de direitos fundamentais depende de escolhas alocativas trágicas, uma análise consequencialista sobre a judicialização, tendo como parâmetro a fruição igualitária do direito à saúde; iii) entender e avaliar os impactos do modelo de judicialização sobre a fruição igualitária do direito à saúde a partir da análise de dados empíricos sobre as relações que se estabelecem entre as desigualdades socioeconômicas, condições de saúde, financiamento e acesso ao sistema de saúde e acesso à justiça.

No primeiro capítulo será abordado o problema da falta de efetividade (ou eficácia social) dos direitos sociais no Brasil. O tema será tratado a partir da obra de Marcelo Neves (NEVES, 2011), associando a judicialização a uma reação capitaneada pelo sistema de justiça à *constitucionalização simbólica* e ao problema da exclusão de grupos sociais da esfera de orientação das expectativas normativas e do exercício da cidadania.

No segundo capítulo, a partir das obras de Stephen Holmes e Cass Sunstein, Guido Calabresi e Philip Bobbitt e Gustavo Amaral, a judicialização da saúde será tratada a partir da perspectiva que enxerga suas escolhas como alocativas de recursos escassos, de modo que levar os direitos a sério impõe levar os custos a sério (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 94). Ainda, será apresentada a abordagem consequencialista como uma alternativa mais adequada, quando comparada à interpretação formalista, para lidar com as escolhas trágicas no campo do direito à saúde.

No terceiro e último capítulo, o trabalho concentrará esforços na análise das relações entre desigualdades socioeconômicas, acesso à saúde e acesso à justiça. Ao confrontar a hipótese inicialmente colocada, serão analisados dados empíricos secundários sobre acesso à saúde e fatores determinantes de saúde e doença, acesso e financiamento do

sistema de saúde, acesso à justiça e desigualdades socioeconômicas. Por fim, será avaliado o impacto da judicialização sobre a redistribuição dos bens escassos – no caso, sobre as prestações de saúde curativa/assistência farmacêutica -, tendo como referencial a fruição igualitária do direito à saúde. O problema, dessa forma, merecerá uma abordagem holística, que terá por objetivo analisar a justiça das escolhas realizadas tanto no campo do financiamento quanto no do acesso à saúde no Brasil.

## **Capítulo I – Da Constitucionalização Simbólica à Judicialização Simbólica: o problema da concretização de direitos sociais no Brasil**

O reconhecimento normativo-constitucional dos direitos sociais foram a resposta do constitucionalismo às desigualdades socioeconômicas que sucederam a industrialização. A insuficiência dos direitos liberais clássicos para fazer frente a uma crescente demanda por igualdade material e justiça social exigiu do Estado uma presença mais robusta no campo social, capaz de redistribuir parcela do produto da cooperação social – obtido pela via da tributação – por meio de prestações sociais materiais.

Contudo, embora amplamente reconhecidos pela ordem constitucional inaugurada em 1988, direitos sociais sofrem com uma inefetividade crônica que condena suas promessas a um futuro longínquo e incerto. Em um país marcado pela intensa clivagem social, onde o fortalecimento da função redistributiva dos direitos sociais é urgente, ocorre, como resultado do recrudescimento das crises econômica e política, um esvaziamento do financiamento dos programas e políticas públicas da área, que submete sua efetividade às contingências da reserva do financeiramente possível.

À inefetividade da Constituição relaciona-se a sua função hipertroficamente simbólica. Isto é, de um lado, sobressai a incapacidade da norma constitucional em regular e dirigir condutas e assegurar expectativas normativas generalizantes; de outro, para a maioria da população, os direitos sociais sobrevivem apenas na retórica constitucional que encontra na categoria das normas programáticas, realizáveis em um futuro remoto, seu lugar na dogmática constitucional e no discurso político. Para a massa de subintegrados os direitos sociais assumem o lugar de eternas promessas, que só serão realizadas acaso um dia se reúnam as condições econômicas e sociais necessárias à sua concretização.

Nesse contexto, a judicialização surge como uma resposta do sistema de justiça à constitucionalização simbólica, que significou a transferência do *locus* de disputa pelos direitos sociais da política para o Judiciário. O ativismo se apresenta como uma aposta no potencial redistributivo do sistema de justiça, que, diante da propagada negligência dos demais poderes, poderia concretizar direitos sociais e integrar a massa de excluídos na esfera de exercício da cidadania.

Uma análise mais detalhada, contudo, revela o caráter igualmente simbólico da judicialização. A adjudicação de prestações de saúde pelo Judiciário ocasiona apenas uma superação pontual e não generalizante do caráter simbólico dos direitos sociais. A maneira como o Judiciário os concretiza não escapa das amarras da subintegração e da

sobreintegração. Favorece grupos sociais específicos em detrimento da massa de subintegrados, a qual se submete às regras de acessibilidade do SUS e é atingida pelas externalidades negativas deste processo. Observa-se um deslocamento dos efeitos simbólicos para a judicialização: ao passo em que se concretizam as disposições constitucionais para aqueles que acessam o Poder Judiciário, não se promove a congruente generalização das expectativas normativas ou a inserção igualitária na cidadania.

### **1.1. Os direitos fundamentais sociais**

A expressão “direitos fundamentais” relaciona-se a outras como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos individuais” e “liberdades públicas”. A Constituição da República se vale da liberdade semântica para utilizar os termos “direitos humanos” (art. 4º, II, art. 5º, §3º e art. 7º, do ADCT), “direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, §1º), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, “b”), dentre outros (DIMOULIS; MARTINS, 2007, pp. 52-53).

Essa abundância terminológica não é necessariamente negativa, mas aponta, segundo Ingo Sarlet, para uma ausência de consenso quanto aos seus conteúdos e significados (SARLET, 2001, p. 31). O autor, a exemplo de muitos outros (v. g. ALEXY, 2015; VIEIRA, 2006; DIMOULIS; MARTINS, 2007), defende a adoção da expressão “direitos fundamentais”, seja porque expressões como “direitos individuais” ou “liberdades fundamentais” possam soar anacrônicas e limitadas, considerando o atual estágio de desenvolvimento da dogmática constitucional, seja porque a expressão “direitos humanos” esteja mais relacionada ao direito internacional público (SARLET, 2001, pp. 32/33).

Feita essa opção terminológica, é necessário investigar o conceito de direitos fundamentais. Na definição dada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 54).

Já para Oscar Vilhena Vieira, “Direitos Fundamentais’ é a designação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional” (VIEIRA, 2006, p. 36). O autor ressalta que os direitos fundamentais constituem uma parte significativa da reserva de justiça da ordem constitucional, seja pela sua abertura à moralidade, pela imposição do postulado da igualdade, ou pela sua dimensão procedimental, a qual impõe que as “decisões coletivas sejam tomadas de forma racional” (VIEIRA, 2006, pp. 36-37).

Robert Alexy, em sua conhecida obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, assinala que os direitos fundamentais são uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, que irradia para todos os seus ramos a ideia de justiça (ALEXY, 2015, p. 544). Para o autor, são normas de direitos fundamentais aquelas que desempenham um papel central no sistema jurídico, dotadas de fundamentalidade formal, ou seja, estabelecidas no ápice da estrutura escalonada do ordenamento como direitos que vinculam os poderes constituídos, e fundamentalidade substancial, isto é, que constituem decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade (ALEXY, 2015, pp. 520-523).

Ingo Sarlet assim define os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (SARLET, 2001, p. 82).

As definições revelam uma certa predisposição a enxergar os direitos fundamentais (i) sob o viés de direitos individuais e (ii) como limitações jurídicas impostas ao Estado para proteger a esfera de liberdade e autodeterminação do indivíduo<sup>10</sup>. Isso indica uma

<sup>10</sup> Os direitos de liberdade ou de primeira dimensão foram os primeiros a serem reconhecidos material e formalmente no final do século XVIII, com as declarações de direitos dos estados norte-americanos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França. O nascedouro dos direitos fundamentais se situa sob a matriz filosófica liberal burguesa, de inspiração iluminista,

posição, ainda que inconsciente, desfavorável aos direitos sociais, que, em regra, (i) demandam atuação positiva e coordenada do Estado para sua concretização e (ii) dependem de políticas públicas que, embora devam considerar particularidades individuais, lidam com grandes contingentes populacionais e interesses dos mais diversos, que, como será visto, disputam entre si por recursos inexoravelmente escassos. Essa realidade contrasta com a lógica formal, analítica ou normativa, da dogmática constitucional, sendo um dos motivos pelo qual se revela problemática a adoção de critérios puramente formalistas para lidar com as escolhas trágicas que permeiam a concretização dos direitos sociais.

Mas, ainda que a redução ao formalismo dogmático puro seja inadequada para lidar com situações dramáticas, como coloca Robert Alexy, “sem uma compreensão sistemático-conceitual a Ciência do Direito não é viável como uma disciplina racional” (ALEXY, 2015, p. 49). Para Alexy, a dimensão analítica da lógica jurídico-formal se faz necessária para livrar os direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas da luta ideológica, possibilitando o que chama de “controle racional das valorações indispensáveis à Ciência do Direito” (ALEXY, 2015, p. 49). As precisas colocações de Alexy justificam, de certa forma, o primeiro capítulo deste trabalho, que tem por objetivo traçar algumas considerações de ordem teórica e jus-sociológica acerca dos direitos fundamentais sociais e do seu déficit de efetividade. Para entender a judicialização e seus efeitos é necessário delimitar o seu objeto: o direito fundamental social à saúde e seu déficit de efetividade; para então investigar, sob o prisma empírico-sociológico, quais as consequências desse fenômeno (judicialização) sobre a fruição igualitária do direito à saúde.

Quanto aos direitos fundamentais sociais, tem-se que o seu reconhecimento foi uma resposta (tardia) do constitucionalismo aos problemas sociais e econômicos que sucederam a industrialização e à insuficiência dos direitos de liberdade e igualdade formal perante as reivindicações das doutrinas socialistas. A mera abstenção estatal em interferir na

---

com ênfase no reconhecimento da liberdade, da igualdade formal, da propriedade e na defesa da autonomia e dignidade do indivíduo em face dos arbítrios estatais. A primeira positivação constitucional de direitos sociais ocorreu apenas em 1917, com a Constituição do México. Essa origem explica, de certa forma, a inclinação dos conceitos de direitos fundamentais para os direitos liberais clássicos. A teoria constitucional hegemônica se desenvolveu sobre bases individualistas, essencialmente preocupadas com a contenção da soberania popular e com a proteção da propriedade e das liberdades clássicas, dando menor importância à superação das desigualdades econômicas e sociais. O escopo da matriz constitucional liberal limita-se à organização do poder estatal, à disponibilização de instrumentos de democracia formal e à defesa de direitos individuais baseados na liberdade e propriedade, à medida que o catálogo de direitos sociais sofre com a baixa efetividade, com a referência individualista e com a subordinação ideológica aos direitos de primeira dimensão (TARREGA; FREITAS, 2017, p. 104).

esfera de autonomia pessoal parecia pouco diante de uma crescente demanda por igualdade material e justiça social. A liberdade perante o Estado foi substituída pela “liberdade por intermédio do Estado”, que, com isso, passou a ter “comportamento ativo na realização da justiça social” (SARLET, 2001, p. 51)<sup>11</sup>. As constituições do Estado de bem-estar social, advindas a partir da segunda metade do século XX<sup>12</sup>, passaram a adjudicar ao indivíduo direitos que demandam prestações positivas normalmente realizadas por intermédio de políticas públicas.

Bobbio, Matteucci e Pasquin lembram que a conquista dos direitos sociais foi precedida pela luta pelos direitos civis e políticos, cujas conquistas reuniram as condições necessárias (desenvolvimento da democracia e aumento do poder políticos das organizações operárias) para o despertar da luta pelo *welfare state*. Os autores ressaltam que a difusão dos direitos sociais está profundamente ligada à transformação da sociedade agrária em industrial. Ainda, sobre a importância da ideologia na consagração dos direitos sociais, afirmam:

Se nas sociedades tradicionais as situações de indigência são tidas como um sinal da vontade divina e, na ética protestante, como um indício do desmerecimento individual, com o pleno desenvolvimento da sociedade industrial parece claro que as causas que criam situações de dependência tendem a aumentar, tendo o mais das vezes uma origem social e escapando totalmente ao controle do indivíduo. Nestas condições, atenua-se na opinião pública o contraste entre as exigências baseadas no merecimento e as baseadas na necessidade, e o universalismo da contribuição não é considerado como oposto ao princípio da justiça, não colide com a necessidade de manter a propensão ao trabalho. Todas estas interpretações têm de comum a forte importância dada aos fatores político-culturais, com a consequente análise do *Welfare* em termos de conquista da civilização<sup>13</sup> (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, pp. 417-418).

---

<sup>11</sup> Normalmente relacionada às prestações positivas, a segunda dimensão de direitos fundamentais (direitos sociais) engloba também as liberdades sociais, das quais são exemplos a liberdade de sindicalização e o direito de greve (SARLET, 2001, p. 52).

<sup>12</sup> Embora a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919) tenham sido precursoras no reconhecimento dos direitos sociais, foi apenas no segundo pós-guerra que o Estado Liberal Social surgiu como um movimento no constitucionalismo global.

<sup>13</sup> Boaventura de Sousa Santos também chama atenção para a mudança na compreensão das desigualdades: “se é verdade que as sociedades contemporâneas são cada vez mais desiguais, não é menos verdade que os cidadãos, e, em especial, as classes populares, têm hoje consciência de que as desigualdades não são uma fatalidade e que, ao contrário, constituem violações injustas de direitos contra as quais há de lutar” (SANTOS, 2015, p. 14).

Para Robert Alexy, direitos fundamentais sociais são direitos a prestações em sentido estrito, como direitos à assistência à saúde, à moradia, à educação etc., que poderiam ser obtidos no mercado se o indivíduo possuísse as condições financeiras necessárias (ALEXY, 2015, p. 499). Esses direitos a prestações são *prima facie*, sendo exigíveis sempre que do sopesamento entre o princípio da liberdade fática e o princípio da separação de poderes e outros princípios materiais colidentes, resultar o reconhecimento de um mínimo existencial (ALEXY, 2015, p. 517).

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes:

Inicialmente, os direitos sociais se aplicavam apenas a determinados grupos, tidos por vulneráveis. Assim, direitos de seguro de acidentes de trabalho, direitos trabalhistas e outros mais determinados, diziam respeito apenas a quem tivesse um emprego ou estivesse em uma relação de trabalho formalmente definida. Com o sistema atualmente vigente no Brasil, os direitos sociais foram desvinculados dos direitos trabalhistas e foram chamados universais. (...)

Dessa forma, passaram a ser chamados direitos sociais as pretensões a serviços dessa natureza, serviços que a rigor poderiam ser comprados no mercado (de saúde ou educação) (LOPES, 2010, p. 156).

Com a consagração dos direitos sociais, a limitação da atuação estatal à proteção das liberdades individuais deu lugar a uma maior legitimação da presença do Estado no campo social, presença esta que, em regra, se concretiza por programas e políticas governamentais voltados a garantir determinadas prestações materiais. À atuação mais robusta do Estado no campo social é inerente um incremento do gasto público, o que exigiu um recrudescimento do Estado fiscal de um lado e a adoção de escolhas alocativas de outro. O Estado absorve parte do produto da cooperação social pela via da tributação e redistribui os recursos em forma de prestações positivas concretizadoras de direitos fundamentais sociais.

Ingo Sarlet aponta que:

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com

propriedade, para sua dimensão economicamente relevante (SARLET, 2001, p. 263).

Em razão da relação dos direitos sociais prestacionais com os recursos necessários à sua concretização, tornou-se relevante a ideia de que a sua efetividade estaria condicionada à limitação de recursos (SARLET, 2001, p. 264). A *reserva do possível* a que estariam submetidos os direitos sociais possui três dimensões. Sua dimensão fática significa que a sua exigibilidade estaria condicionada às capacidades financeiras do Estado, ou seja, à capacidade material do Ente em arcar com as prestações necessárias à sua concretização. Segundo sua dimensão jurídica, a concretização dos direitos sociais dependeria da “disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas (...)”. Por fim, uma dimensão ligada à razoabilidade, na medida em que só se poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pode exigir da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, pp. 29-30).

Mas a ideia de que apenas os direitos sociais prestacionais dependeriam da alocação de recursos estatais é desconstruída na obra *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, de autoria de Stephen Holmes e Cass Sunstein. Os autores se valem de uma argumentação sustentada em bases empíricas sólidas para afirmar que qualquer direito, seja ele político, de liberdade ou social, depende de prestações estatais destinadas a sua proteção, de modo que não faria sentido afirmar que apenas direitos sociais prestacionais estariam constrangidos pelo fator custo. De fato, como será analisado com maior profundidade no Capítulo II deste trabalho, a ideia de neutralidade orçamentária dos direitos fundamentais de primeira geração não escapa da perspicaz tese de Holmes e Sunstein. Inobstante, argumentos ligados às limitações orçamentárias circunstanciais continuam a obstaculizar a realização de direitos sociais, tanto no plano político quanto no plano dogmático-jurídico, enquanto aos direitos liberais clássicos, erroneamente classificados – segundo Holmes e Sunstein - como negativos, é garantida irrestrita efetividade mesmo em um cenário de recursos escassos e necessidades infinitas.

Embora esse tema seja tratado com maior profundidade no Capítulo II, impõe-se adiantar a adoção, por este trabalho, de uma perspectiva diferente daquela dos que defendem a existência de uma reserva do possível aplicável única e exclusivamente à concretização dos direitos sociais, e que, em razão disso, os qualifica como direitos relativos, submetidos à conjuntura econômica. Com base na obra de Holmes e Sunstein, verifica-se que como direitos

de liberdade dependem de um aparato estatal de proteção e, portanto, da alocação de recursos orçamentários, não há sentido em distinguir direitos fundamentais em duas categorias arbitrárias (negativos e positivos) (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 39-42). Direitos custam porque os remédios destinados a sua proteção custam, e, sob esse aspecto, não há diferenças entre o direito à propriedade privada e o direito à saúde ou entre o direito à liberdade de expressão e o direito à moradia. Em última análise, a própria existência de um direito depende do aparato estatal de proteção e, portanto, da destinação de recursos orçamentários (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 44).

Seja como for, a inefetividade dos direitos sociais condena amplos setores da população brasileira à marginalidade da cidadania. Saúde, educação, moradia, trabalho, lazer e outros direitos, pelo menos para a massa de excluídos, permanecem no campo das eternas promessas constitucionais. Para agravar, justamente em um momento de intensificação da crise econômica que tem forçado milhões de brasileiros para abaixo da linha de pobreza, se verifica um redimensionamento do gasto social incompatível com o status conferido aos direitos sociais pela ordem constitucional vigente.

## **1.2. O déficit de efetividade dos direitos sociais**

O art. 6º da Constituição elenca como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a assistência aos desamparados. Apesar das divergências teóricas e ideológicas acerca da amplitude de cada um desses direitos, há um consenso de que nossa realidade social está muito aquém do que a Constituição promete, do que denota-se a sua inefetividade ou ineficácia social. A Constituição promulgada em 1988 avançou no reconhecimento dos direitos sociais, mas não foi capaz – pelo menos por enquanto - de conformar os poderes constituídos na direção de sua concretização.

Dados recentes apontam que apenas 32% das crianças de 0 a 3 anos frequentam a escola (INEP, 2018, p. 20) e que 29% dos brasileiros adultos são considerados analfabetos funcionais, ou seja, “têm muita dificuldade para fazer uso da leitura e da escrita e das operações matemáticas em situações da vida cotidiana” (IPM, 2018, p. 8). O déficit habitacional é de 6,355 milhões de domicílios, sendo que pelo menos 7,22 milhões dos domicílios urbanos são considerados inadequados para habitação (FJP, 2018, pp. 31-50). No campo da saúde, o gasto público gira em torno de 3,9% do Produto Interno Bruto (PIB),

percentual bem inferior ao do gasto privado, que chega a 5,2%<sup>14</sup>. O Brasil também possui um número inadequado de médicos, dado que se revela ainda mais grave se considerarmos as desigualdades regionais. Estados como Pará e Maranhão têm menos de um médico por grupo de mil habitantes, enquanto o Distrito Federal, por exemplo, tem 4,35. Nas capitais das unidades da federação, onde vivem menos de ¼ da população do país, estão 55,1% dos médicos, ou seja, há intensa concentração desses profissionais nos grandes centros em detrimento do interior do país (SCHEFFER; et al., 2018, pp. 44-46). Como resultado de um cenário de subfinanciamento e gestão ineficiente, são recorrentes as notícias sobre o tratamento inadequado a que os brasileiros mais pobres são submetidos nas unidades do SUS<sup>15 16</sup>.

Mas a situação revela-se ainda mais preocupante quando levamos em conta a (in)evolução recente dos indicadores sociais. Nos últimos quatro anos, como resultado do agravamento das crises política e econômica, experimentamos uma piora significativa nos índices sociais, que atinge com maior intensidade os estratos mais pobres da pirâmide social. Pela primeira vez desde 1990 foi registrada alta na taxa de mortalidade infantil, que subiu de 13,3 para 14 mortes por mil habitantes entre 2015 e 2016 (OXFAM BRASIL, 2018, p. 16). O número de pessoas na pobreza extrema passou de 13,34 milhões em 2016 para 14,83 milhões em 2017, o que representa um aumento de 11,2% em apenas um ano<sup>17</sup>. O desemprego atinge treze milhões de brasileiros, e o número dos que desistiram de ingressar no mercado de trabalho é o maior já registrado: 65,5 milhões de pessoas<sup>18</sup>.

Enquanto isso, os indicadores da concentração de renda colocam o Brasil entre os países mais desiguais do mundo. Ao final do ano de 2012, os 0,1%, 1% e 5% mais ricos apropriavam, respectivamente, 11%, 25% e 44% da renda nacional (MEDEIROS; SOUZA;

<sup>14</sup> Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18915-conta-satelite-de-saude-release.html>. Acessado em 20/08/2018.

<sup>15</sup> A título de exemplo, conferir: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/08/depois-dos-estaduais-hospitais-federais-estao-em-crise-no-rio.html>. <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/crise-economica-afeta-hospitais-bj7c84vr85lif2eazu2vhvzny>  
<https://saude.ig.com.br/2018-03-26/hospitais-rio-de-janeiro-fiscalizacao.html>  
<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/11/pacientes-morrem-em-hospitais-do-rj-por-falta-de-equipamentos-e-estrutura.html>. Acesso em 20/08/2018.

<sup>16</sup> Embora o SUS entregue alguns resultados satisfatórios na atenção básica, há um notório déficit na oferta de atendimento de urgência e emergência, especializado e de alta complexidade (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 04; PIOLA (et al.), 2011, pp. 84-86).

<sup>17</sup> <https://www.valor.com.br/brasil/5446455/pobreza-extrema-aumenta-11-e-atinge-148-milhoes-de-pessoas>. Acesso em 20/08/2018.

<sup>18</sup> Conforme dados da PNAD contínua (IBGE) publicados em <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/07/31/desemprego-fica-em-124-em-junho-e-atinge-13-milhoes-de-pessoas-diz-ibge.ghtml>. Acessado em 20/08/2018.

CASTRO, 2015, p. 18)<sup>19</sup>. Dados mais recentes, publicados em 2017 pelo *Credit Suisse*, apontam para um cenário ainda mais grave, segundo o qual os 1% mais rico detém 44% das riquezas, o que decorre, segundo a instituição, de uma política fiscal excessivamente regressiva, de um acesso desigual à educação e da divisão entre setores formais e informais da economia (CREDIT SUISSE, 2017, p. 63).

Diante de crises fiscais que tornam ainda mais escassos os recursos, direitos sociais são os primeiros a serem sacrificados. A opção política insiste em tentar solucionar crises fiscais apenas com o redimensionamento do Estado e de seu orçamento. Justamente no momento em que os cidadãos, atingidos pelo desemprego e pela miserabilidade, mais precisam do “colchão de proteção” estatal, opera-se um corte no financiamento de programas e políticas públicas sociais. Assim ocorreu com a promulgação da E.C. n.º 95/16, que instituiu o *novo regime fiscal*, estabelecendo um limite constitucional à evolução do gasto público correspondente à evolução do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

A conclusão de que o congelamento do gasto federal a partir de 2017, com base na aplicação mínima de 2016, representaria um grave comprometimento das ações do Ministério da Saúde, fez com que um substitutivo à proposta de emenda constitucional fosse aprovado no Congresso Nacional com uma regra específica para o orçamento da saúde. Assim, aprovou-se um piso correspondente a 15% da Receita Corrente Líquida (RCL)<sup>20</sup> para

<sup>19</sup> Os números apresentados estão em estudo publicado por Marcelo Medeiros, Pedro Souza e Fábio Castro (MEDEIROS; SOUZA; CASTRO, 2015), que utilizou como base as declarações de imposto de renda do período entre 2006 e 2012. Segundo os autores, a subestimação das rendas mais altas nas pesquisas domiciliares, como é o caso da PNAD contínua (IBGE), torna mais adequada a estimativa realizada com base em dados tributários, metodologia também utilizada por Thomas Piketty (PIKETTY, 2014). De qualquer forma, a PNAD contínua tem confirmado a tendência de crescimento da concentração de renda (IBGE, 2017).

<sup>20</sup> Segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

(...)

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na [alínea a do inciso I](#) e no [inciso II do art. 195](#), e no [art. 239 da Constituição](#);

b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no [§ 9º do art. 201 da Constituição](#).

o exercício 2017, corrigido, para os dezenove anos seguintes, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) (ADCT, art. 110) (IPEA, 2018b, vi). De qualquer forma, ao desvincular o gasto em saúde do crescimento da RCL a partir de 2018, estabelecendo o congelamento do gasto real, o novo regime instituído pela E.C. 95/16 reverteu uma trajetória de aumento real do financiamento público da saúde iniciada com a E.C. 29/00. Segundo estimativas publicadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o SUS pode perder, a depender do crescimento médio do PIB, de 168 a 738 bilhões de reais no período de vinte anos de vigência do *novo regime fiscal*, com o percentual do PIB gasto pela União em saúde podendo cair de 1,72% para 0,99% e o gasto *per capita* de R\$ 519,00 para R\$ 478,00 (IPEA, 2018b, xi)<sup>21</sup> <sup>22</sup>. O cenário é dramático, principalmente se considerarmos a expectativa de crescimento populacional para o período, a mudança da estrutura demográfica (aumento da expectativa de vida e queda da natalidade), as possíveis transformações epidemiológicas e a pressão do desenvolvimento tecnológico sobre o gasto em saúde<sup>23</sup>.

Mesmo na parcela da dogmática constitucional menos progressista no reconhecimento da aplicabilidade e eficácia jurídica dos direitos sociais, que os enxerga como

<sup>21</sup> A E.C. n.º 86/15 previa um escalonamento do gasto da União em ações e serviços públicos de saúde, que deveria chegar a 15% da receita corrente líquida em 2020. Isto é, havia previsão de crescimento do gasto proporcional à evolução da arrecadação e, portanto, do PIB. A E.C. n.º 95/16, que institui o *novo regime fiscal*, revogou o escalonamento para instituir a regra do art. 110, do ADCT, que estabelece que os gastos deverão alcançar 15% da receita corrente líquida em 2017 e serem reajustados, a partir daí, de acordo com o IPCA. Assim, embora a alteração represente um ganho para o exercício de 2017, congela os gastos até 2036, período em que serão reajustados de acordo com a inflação, portanto sem crescimento real. Como resultado, tem-se uma inevitável diminuição do gasto público *per capita* em saúde, e, a depender do crescimento do PIB no período, uma diminuição significativa da relação gasto/PIB da União. Considerando o já mencionado insuficiente financiamento do SUS, o cenário previsto, de diminuição do gasto *per capita*, tende a ser perverso para o sistema.

<sup>22</sup> Dentre os direitos sociais, o direito à previdência social é possivelmente o único que experimenta um sólido e duradouro crescimento do gasto público. Mas as suas causas são específicas, passando da garantia do direito adquirido (art. XXXVI, da CR) aos obstáculos à realização de uma ampla e igualitária reforma previdenciária, principalmente em face dos interesses de algumas carreiras privilegiadas do serviço público.

<sup>23</sup> Sobre crise fiscal, reforma do estado e enfraquecimento das políticas sociais cf. CARINHATO, Pedro Henrique. Neoliberalismo, Reforma do Estado e Políticas Sociais nas Últimas Décadas do Século XX no Brasil. In: Revista Aurora, São Paulo, ano II, n.º 3, dez. 2008; BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. In: Revista Lua Nova, São Paulo n.º 45, 1998. Nos anos 1980, a crise econômica que atingiu em maior grau as chamadas “economias em desenvolvimento”, levou a adoção de uma política governamental que buscou redefinir o tamanho do Estado brasileiro, culminando na realização de reformas para conceber uma Administração Pública gerencial, menor e mais barata, em substituição ao paradigma da Administração burocrática (BRESSER PEREIRA, 1998). Assim como naquele momento, a promulgação de uma Emenda Constitucional instituindo um teto de gastos tem por objetivo atenuar a crise fiscal pelo lado dos serviços públicos, operando um redimensionamento do Estado Social.

normas de cunho meramente programático, prepondera que têm o condão de gerar, “no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilitam ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma” (SARLET, 2001, p. 274). Significa dizer, mesmo para os que não reconhecem nos direitos fundamentais a aplicabilidade direta e imediata, a possibilidade de conferir direito subjetivo a prestações independentemente de intermediação legislativa, a consagração do direito à saúde nos arts. 6º e 196, da CR ao menos obstaculizaria o esvaziamento do financiamento perpetrado pela E.C. n.º 95/16<sup>24 25</sup>.

A adoção das premissas de que (i) direitos sociais são reconhecidos pela ordem constitucional e pela dogmática jurídica como direitos fundamentais, portanto dotados de eficácia e aplicabilidade (art. 5º, §1º, da CR)<sup>26 27</sup>; (ii) a distinção entre direitos positivos e negativos soa arbitrária e artificial quando consideramos que qualquer direito, incluindo os direitos liberais clássicos, dependem da atuação do Estado para o seu reconhecimento e proteção, demandando, portanto, recursos públicos que variam de acordo com a conjuntura socioeconômica (HOLMES, SUNSTEIN, 1999), torna inglória a tarefa de justificar a maior inefetividade relativa dos direitos sociais. Afinal, como explicar a maior dificuldade enfrentada na concretização dos direitos sociais, se também os direitos liberais clássicos dependem do aparato estatal, e portanto dos recursos estatais escasso, para serem efetivados?

Em um cenário de recursos escassos e necessidades infinitas, a efetivação dos direitos fundamentais impõe a adoção de *escolhas trágicas*, no termo cunhado por Calabresi e

<sup>24</sup> Sobre o tema da (in)constitucionalidade da E.C. n. 95/16, cf.: NOCE, Umberto Abreu; CLARK, Giovanni. A Emenda Constitucional N° 95/2016 e a Violação da Ideologia Constitucionalmente Adotada. In: *REI – Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 1216-1244, fev. 2018.

<sup>25</sup> Foram impetradas as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal: ADI n.º 5633 (de autoria de associações de magistrados), ADI n.º 5643 (de autoria da Federação Nacional dos Servidores e Empregados Público Estaduais e do Distrito Federal), ADI n.º 5658 (de autoria do Partido Democrático Trabalhista), ADI n.º 5680 (de autoria do Partido Socialismo e Liberdade), ADI n.º 5715 (de autoria do Partido dos Trabalhadores) e ADI n.º 5734 (de autoria da Confederação Nacional do Trabalhadores em Educação). Segundo pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF, nenhuma dessas ações teve o pedido de medida cautelar (suspensão da eficácia) apreciado até o momento (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp> acessado em 21/08/2018). Acesso em 22/08/2018.

<sup>26</sup> Essa posição encontra fundamento na maior parte da dogmática constitucional, representada pela opinião de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo: “Em síntese, embora lamentando o cunho sumário das razões expostas, mas tendo em vista a absoluta necessidade de traçarmos as diretrizes basilares das considerações subsequentes, firma-se aqui a posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam ele no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados no Brasil” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 18).

<sup>27</sup> Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Bobbitt. Essas escolhas determinam quais direitos privilegiar, quais indivíduos receberão as prestações estatais, a quais indivíduos elas serão negadas e quem as financiará. O sofrimento para aquelas cujas necessidades serão preteridas é inevitável (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 18). Todavia, a escassez de recursos, a “questão orçamentária”, é colocada como um obstáculo apenas à concretização dos direitos sociais. Seria difícil imaginar que limitações de ordem orçamentária fossem colocadas, em qualquer debate público, como barreiras ao policiamento ou à realização de eleições, por exemplo, ou, ainda, que esses direitos (civis e políticos) fossem realizados progressivamente conforme a disponibilidade orçamentária do Estado (CUNHA, 2013, p. 123)<sup>28</sup>.

O trabalho, portanto, adota a posição de que não há uma diferença intrínseca entre direitos sociais e de liberdade, seja por serem ambos dotados de fundamentalidade material e formal, seja por dependerem igualmente da existência do Estado e de seus recursos para serem concretizados<sup>29</sup>, o que, de certa forma, enfraquece algumas das barreiras colocadas pela dogmática constitucional à sua concretização, especialmente a da reserva do possível<sup>30</sup>. Afinal, se qualquer direito fundamental depende da alocação de recursos escassos, conforme apontado por Holmes e Sunstein, não faria sentido sustentar que limitações de ordem orçamentário-financeira impedem apenas a concretização dos direitos sociais. Isso não significa que os custos não devem ser levados em consideração. Pelo contrário, a perspectiva consequencialista, que orienta a análise proposta pelo trabalho, é indissociável da ponderação acerca dos custos. O que se afirma, apenas, é que a ineficácia social dos direitos sociais não tem origem unicamente nos seus custos, que são inerentes a qualquer direito.

<sup>28</sup> Ao contrário das projeções para o gasto com saúde, o gasto com segurança pública vem experimentando sólido crescimento (disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/06/custos-da-criminalidade-no-brasil-correspondem-438-do-pib.html>.) Acesso em 17/08/2018. Por sua vez, os gastos da Justiça Eleitoral com a realização de eleições ficaram de fora da limitação imposta pela E.C. 95/16 (ADCT, art. 107, §6º, III).

<sup>29</sup> Não se quer dizer que não existam diferenças entre direitos sociais e direitos liberais clássicos. As diferenças são inegáveis, especialmente em relação aos valores que eles concretizam. Direitos de liberdade são orientados pela igualdade formal e pela necessidade de proteção da dignidade do indivíduo frente o arbítrio estatal, enquanto direitos sociais são orientados pela igualdade material e pela solidariedade. Por outro lado, o modo de concretização dos direitos sociais, que dependem, em regra de políticas públicas complexamente desenhadas, também os diferencia dos direitos liberais clássicos. O que se quer dizer é que essas diferenças não justificam o déficit de efetividade dos direitos sociais, ou pelo menos não autorizam o argumento de que essa inefetividade seria resultado apenas dos custos inerentes a sua concretização ou da *reserva do possível*.

<sup>30</sup> Para uma crítica sob outro viés à reserva do possível ver KRELL, Andreas. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

Os custos dos direitos sociais devem ser levados em consideração no âmbito da judicialização, sobretudo se quisermos levar esses direitos a sério. Essa constatação, todavia, é diferente daquela segundo a qual apenas os direitos sociais, por dependerem – apenas eles – de recursos estatais para serem concretizados, estariam sob tutela da reserva do possível. A questão financeira deve ser levada em consideração não a partir da perspectiva da reserva do possível, que os apresenta como um obstáculo à eficácia do direito social, mas sim a partir de uma perspectiva consequencialista que, no caso deste trabalho, ciente da existência de conflitos alocativos de recursos escassos, pretende investigar quais os impactos das escolhas inconscientes (CALABRESI; BOBBITT, 1978, pp. 43/45) sobre a fruição igualitária do direito à saúde.

No mesmo sentido os ensinamentos de José Ricardo Cunha:

Ao fim e ao cabo, se todos os direitos implicam custos, não há por que se argumentar que os DESCs [direitos econômicos sociais e culturais] não são plenamente realizáveis porque dependem de disponibilidade orçamentária. A rigor e por essa linha de raciocínio, nenhum direito seria por si só plenamente realizável, pois qualquer um depende, de alguma forma, de disponibilidade orçamentária. Melhor explicando, os mecanismos (remedies) de promoção e/ou garantia de qualquer direito exigem algum custo. Mesmo os direitos mais elementares como liberdade de consciência e opinião dependem da existência de um custoso aparato judicial que lhes garanta e proteja frente a qualquer ameaça ou violação concreta. Então, se todos os direitos estão em pé de igualdade, tudo depende de uma questão de escolha, de opção (CUNHA, 2013, pp. 123-124).

O que se verifica, contudo, é que apesar da constatação de que a distinção baseada nos custos não justifica a inefetividade dos direitos sociais, há um distanciamento significativo entre aquilo que a Constituição promete e aquilo que a realidade impõe. Quando relacionamos o amplo cardápio de direitos sociais com a realidade socioeconômica, especialmente a dos estratos mais pobres da população, sobressai uma percepção de que há um grande distanciamento entre a “fantasia constitucional” e o “mundo real”. As normas constitucionais que endereçam direitos sociais carecem de vigência social, pois em grande medida são incapazes de orientar as expectativas normativas, excluindo amplos grupos populacionais da fruição dos direitos sociais. Essa exclusão pressupõe “a ruptura da pretensão universalizadora do direito que deve assegurar a toda e qualquer pessoa os deveres e direitos

que as fazem sentir uma em relação à outra igual capacidade jurídica e, portanto, valor moral” (CUNHA, 2013, p. 94).

Por outro lado, parcela da dogmática constitucional, especialmente aquela que busca fundamento na reserva do possível, simboliza um “abandono de políticas de integração dos menos favorecidos, compreendidas como incorporadas às orientações e ao planejamento estatal reduz os direitos sociais a ‘obstáculos’”, colocando-os como uma promessa para o futuro, cuja concretização dependerá sempre das conjunturas socioeconômicas que, em regra, lhes são desfavoráveis (FIGUEIREDO; JUBILUT, 2013, p. 243).

Dada a sua complexidade, o problema da implementação dos direitos sociais pode ser tratado a partir de diferentes, e igualmente válidas, abordagens, exigindo a “compreensão da complexidade de sua natureza, bem como de sua história” (FIGUEIREDO; JUBILUT, 2013, p. 266). Diferentes perspectivas, que variam da empírico-sociológica à dogmática-formal, oferecem abordagens distintas para as perguntas que permeiam o problema da inefetividade dos direitos sociais. O escopo deste trabalho limita, de certa forma, a possibilidade de discorrermos, com o detalhamento necessário, sobre cada uma dessas aproximações. Há, no entanto, a necessidade de analisar o problema da inefetividade dos direitos sociais a partir de um marco teórico que seja capaz de apontar caminhos que estejam à altura da complexidade do tema. A abordagem de Marcelo Neves, em sua conhecida obra “Constitucionalização Simbólica”, é rica em argumentos que, a partir do referencial teórico da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, ajudam a entender o déficit de concreção de direitos sociais no contexto de países periféricos como o Brasil (NEVES, 2011)<sup>31</sup>.

### **1.3. Constitucionalização simbólica, subintegração e sobreintegração**

Na obra *Constitucionalização Simbólica*, Marcelo Neves relaciona o déficit de concretização normativo-jurídica dos textos constitucionais na modernidade periférica à sua função hipertroficadamente simbólica. A preocupação, portanto, recai não apenas sobre a eficácia em sentido sociológico ou empírico da norma constitucional, isto é, se a norma é

---

<sup>31</sup> Parte significativa do Capítulo II do trabalho se dedicará a explicar com maior detalhamento a teoria dos custos dos direitos (SUNSTEIN, HOLMES, 1999) e a questão das escolhas alocativas trágicas que se impõem na realização dos direitos fundamentais (CALABRESI, BOBBITT, 1978. AMARAL, 2010). Nesta etapa, portanto, pretendeu-se apenas adiantar alguns aspectos relevantes da perspectiva teórica adotada, o que é essencial para entender a escolha da pergunta, da hipótese e do objeto da pesquisa.

observada e/ou executada nas interações sociais, mas também sobre sua função simbólica (NEVES, 2011, pp. 43-48).

A elevada ineficácia da norma, sua incapacidade de regular e dirigir condutas, alimenta e se alimenta do déficit de vigência social do direito, isto é, da sua incapacidade de assegurar expectativas normativas generalizantes. Para Marcelo, a função principal do sistema jurídico é fortalecer a “congruente generalização das expectativas normativas”. Assim, seriam a incapacidade de regular e dirigir condutas (ineficácia normativa) e a ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos constitucionais (vigência social), os efeitos negativos da legislação simbólica, os quais estariam relacionados à uma hipertrofia da sua função simbólica, dos efeitos relevantes para o sistema político (efeito positivo) (NEVES, 2011, pp. 52-53).

A partir do marco teórico da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que apresenta a Constituição como o processo através do qual se realiza a diferenciação funcional entre os sistemas jurídico e político, que mediatiza a intervenção do sistema político no direito, Marcelo Neves afirma que:

O direito constitucional funciona – pode-se afirmar do ponto de vista jurídico-sociológico – como limite sistêmico interno para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do direito positivo; em outras palavras: a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional. A falta de uma regulação estritamente jurídica da capacidade de aprendizado ou reciclagem do sistema jurídico conduz – em uma sociedade hipercomplexa, com consequências muito problemáticas – a intervenções diretas (não-mediatizadas pelos próprios mecanismos jurídico-sistêmicos) de outros sistemas sociais, sobretudo do político, no direito. (NEVES, 2011, pp. 72-73)

A hipertrofia da função simbólica da Constituição nos países periféricos, em detrimento de sua eficácia jurídico-normativa – “o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada” (NEVES, 2011, p. 91) - ocasionaria um bloqueio da diferenciação funcional do direito, com a consequente interferência de fatores de outros sistemas, especialmente do político e do econômico, sobre o direito. Essa interferência não é mediatizada adequadamente pelo código-diferença jurídico (lícito/ilícito) ou pela Constituição – o que possibilitaria a filtragem

conceitual do sistema jurídico e o acoplamento estrutural entre direito e política - e impõe ao direito uma submissão aos códigos poder/não-poder do sistema político e ter/não-ter do sistema econômico. Diante da constitucionalização simbólica, o sistema jurídico deixa de ser autopoietico e perde a capacidade de “responder às exigências do seu ambiente” à medida em que os mecanismos de filtragem do direito são sobrepostos pelos códigos-diferença de outros sistemas (NEVES, 2011, pp. 160-161).

A autonomia operacional do direito é bloqueada pela função hipertroficadamente simbólica da Constituição, que condena os direitos fundamentais à categoria de privilégios das minorias, “sobrevivendo, para a maioria da população, quase apenas na retórica político-social dos ‘direitos humanos’”. Nesse contexto, afirma Marcelo Neves: “a inclusão<sup>32</sup> através do Estado de bem-estar, proclamado no diploma constitucional, é relevante apenas no discurso da realização das normas programáticas em um futuro remoto” (NEVES, 2011, p. 161). Persiste na modernidade periférica uma relação desigual dos membros do corpo social com o sistema jurídico. A parcela de “subintegrados” depende dos critérios do sistema jurídico mas não acessa suas prestações, enquanto os sobreintegrados acessam os benefícios do sistema sem depender de suas regras e critérios (NEVES, 2011, p. 173).

A relação dos diferentes grupos sociais com o sistema jurídico-constitucional é desigual. Para os subintegrados, as disposições constitucionais assumem o status de meras promessas cuja concretização fica eternamente postergada para o futuro. Para os sobreintegrados, a Constituição atua como uma oferta de possibilidades e direitos que podem ser utilizados ou afastados de acordo com a conveniência política (NEVES, 1994, p. 261). Nesse sentido, afirma que a concretização dos valores constitucionais é restrita e excludente, em que “não se constrói nem se amplia a cidadania (art. 1º, inciso II) nos termos do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput), antes se desenvolvem relações concretas de ‘subcidadania’ e ‘sobrecidadania’” (NEVES, 2011, p. 184). O exercício da cidadania,

---

<sup>32</sup> Marcelo Neves se utiliza da posição de Niklas Luhmann, que define o Estado de bem-estar como “inclusão política realizada” e Estado de direito como “inclusão jurídica realizada”. Assim, afirma: “os direitos fundamentais sociais’ por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política. Isso decorre do fato de que a inclusão de toda a população nos diversos sistemas sociais e a diferenciação funcional da sociedade pressupõem-se reciprocamente, na medida em que a exclusão de amplos grupos sociais e a auto-referência operacional dos sistemas funcionais são incompatíveis. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que, na sociedade supercomplexa de hoje, fundada em expectativas e interesses os mais diversos e entre si contraditórios, o direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas de comportamento enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política” (NEVES, 2011, pp. 77-78).

enquanto integração igualitária generalizada no sistema jurídico, é bloqueado pela desigualdade quanto aos direitos e deveres dos indivíduos, instaurando-se relações de subintegração e sobreintegração.

O modelo jurídico-sociológico delineado por Marcelo Neves é adequado à análise da situação dos direitos sociais no Brasil. Enquanto proclamados satisfatoriamente na Constituição, o seu exercício não faz parte do cotidiano de boa parte dos brasileiros. A massa de subintegrados não acessa as prestações sociais que lhes adjudica a Constituição; para esses grupos ocorre uma “falta de identificação de sentido das determinações constitucionais” (NEVES, 2011, p. 184). Assim, não se faz possível a “integração jurídica igualitária na sociedade”, isto é, a construção da cidadania, a qual não decorre da mera proclamação simbólica de direitos fundamentais no texto constitucional, mas sim da sua efetiva concretização (NEVES, 1994, p. 266).

Aos direitos sociais não são oportunizadas as condições jurídicas e políticas imprescindíveis à sua concretização igualitária e generalizante, de modo que o que condiciona a fruição desses direitos é, em regra, o código econômico determinado pela capacidade de cada indivíduo de adquirir suas prestações no mercado. De outro lado, fortalece-se a função simbólica da Constituição à medida em que justifica-se a insuficiência da efetividade das normas constitucionais de direitos sociais com a promessa de que, embora as condições econômicas e sociais presentes impeçam a sua fruição, em um futuro remoto e incerto se reunirão as condições necessárias a sua concretização igualitária e generalizante.

O direito à saúde é, infelizmente, um exemplo evidente dessa realidade. Previsto desde o advento da Constituição de 1988 como um direito de acesso universal e igualitário (CR, art. 196), carece de efetivação entre as camadas mais pobres da população<sup>33</sup>. Para os mais favorecidos, há a opção pela saúde complementar privada – opção inclusive incentivada pelo Estado através de incentivos fiscais -, que experimenta condições em regra superiores às do Sistema Único de Saúde (SUS), este a única opção para os subintegrados.

---

<sup>33</sup> Ricart César dos Santos aponta que a força simbólica da Constituição de 1988 reside nas instituições por ela criadas, dentre as quais destaca-se o Sistema Único de Saúde (SUS), “criado pela CF como um de suas inovações na área social (art. 198, caput e §1º), com ares de panaceia para o setor” (SANTOS, 2016, p. 43).

#### 1.4. A judicialização simbólica dos direitos sociais

A judicialização dos direitos sociais, e por consequência das políticas públicas, pode ser analisada a partir do processo de *juridificação*, mais especificamente da sua quarta onda: de positivação de direitos econômicos e sociais nas constituições do segundo pós-guerra. A compreensão de que ao direito caberia, diante da complexidade socioeconômica, o papel redistributivo pelo reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, ampliou e aprofundou as normas e padrões regulatórios. A percepção generalizada era a de que ao Estado não bastava se abster de interferir na esfera de dignidade individual, cabendo a ele a “intervenção compensatória na estrutura de classes e na economia” (NEVES, 1994, p. 256), o que culminou na edificação do Estado Social Democrático de Direito<sup>34</sup>. A expansão e detalhamento do sistema jurídico em direção a setores antes submetidos apenas à autorregulação veio acompanhada de uma maior incidência de cláusulas abertas e princípios jurídicos abstratos. A necessidade de se interpretar esses dispositivos normativos, buscando densificar a norma, conferiu ao intérprete – portanto ao Judiciário - maior liberdade hermenêutica (ASSIS, 2011, pp. 40-48).

Mas à expansão, detalhamento e especialização do direito aliaram-se outras condições extra e intra-sistêmicas que contribuíram para o aumento do protagonismo judicial. A ascensão institucional do Poder Judiciário em face do crescente desprestígio das instâncias políticas, a ampliação dos instrumentos de controle judicial, o fortalecimento da eficácia dos direitos fundamentais na hermenêutica constitucional e a própria insatisfação da sociedade quanto à fruição insuficiente e não igualitária dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988, levaram a que o Poder Judiciário e demais instâncias do sistema de justiça (Ministério Público e Defensoria Pública) fossem alçados pela viragem teórica do

---

<sup>34</sup> A ascensão dos direitos sociais também é fruto da percepção de sua imprescindibilidade para a fruição dos direitos de liberdade. Segundo Marcelo Neves: “É inegável também que os direitos sociais, enquanto resultantes da interferência do sistema jurídico na estrutura econômica e nas relações de classe, têm uma função social-integrativa. Embora lugar comum, é ainda incontestável que sem os direitos sociais como *droits-créances*, os *droit-libertés* não têm sentido. Portanto, a cidadania, enquanto integração generalizada nos sistemas sociais, com base no Direito, amplia-se significativamente com a conquista dos direitos sociais, mesmo que, de um ponto de vista teórico-crítico, eles sejam passíveis de uma avaliação negativa em face da ‘lealdade das massas’ no Estado de Bem-Estar” (NEVES, 1994, p. 257).

neoconstitucionalismo<sup>35</sup> - difundido por significativa parcela de autores da dogmática constitucional - ao protagonismo na luta pela sua concretização.

Em conjunto, esses fatores transferiram o *locus* de disputa pelos direitos sociais da política para o sistema de justiça. O eixo decisório das políticas públicas deslocou-se, ainda que parcialmente, dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário, à medida em que se ressignificavam categorias como a dos *atos de governo* ou da *discricionariedade administrativa*, que deixam de ser insindicáveis e imunes ao controle jurídico (BUCCI, 2013, p. 75).

A judicialização representou uma resposta do sistema de justiça à inefetividade das normas constitucionais que consagram direitos sociais. Diante da constitucionalização simbólica, eleva-se a crença no potencial redistributivo do Judiciário e o ativismo judicial se apresenta como uma solução simples e eficaz para a propagada negligência dos demais poderes. O protagonismo dos tribunais emerge, portanto, da precarização dos direitos econômicos e sociais e do dismantelamento do Estado de Bem-estar; “a execução deficiente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais” (SANTOS, 2015, pp. 22-23)<sup>36</sup>.

A questão que se coloca, contudo, é se essa resposta tem contribuído com o objetivo de alcançar maior equidade no acesso à saúde ou se tem agravado as iniquidades determinadas pelas desigualdades socioeconômicas. De acordo com a hipótese colocada, a judicialização acabou por replicar a lógica da desigualdade, não conseguindo se desvincular das marcas da subintegração e sobreintegração.

A partir da leitura da obra de J.J. Calmon de Passos e Marcelo Neves, Wálber Carneiro reflete sobre a capacidade do controle e da intervenção do Judiciário nas políticas públicas representar uma superação da constitucionalização simbólica, entendida como a incapacidade de regular as condutas e orientar as expectativas conforme as disposições constitucionais e a sua função de atender a exigências e objetivos políticos em prol do

---

<sup>35</sup>Para uma crítica ao neoconstitucionalismo conferir: STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. In: Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento, Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n.º 4, 2012, pp. 9-27.

<sup>36</sup> Boaventura de Sousa Santos apresenta, a partir de uma perspectiva histórica, uma interessante análise das causas da judicialização dos direitos sociais típica dos países periféricos: “Na passagem de regimes autoritários para regimes democráticos, as sociedades periféricas e semiperiféricas passaram pelo que designo de curto-circuito histórico, ou seja, pela consagração no mesmo acto constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí falar-se de várias gerações de direitos). A constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efectivação, e abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controlo da constitucionalidade e do direito ordinário” (SANTOS, 2015, pp. 25-26).

encobrimento da realidade social. Para o autor, com o deslocamento do caráter simbólico da constitucionalização para a judicialização, a constitucionalização simbólica teria sido substituída pela *judicialização simbólica* (CARNEIRO, 2013, pp. 137-139).

Ao judicializar políticas públicas e adjudicar individualmente prestações até então não adimplidas pelas instâncias político-administrativas, ocorre apenas uma superação pontual e não generalizante do caráter simbólico dos direitos sociais em face da “inclusão generalizada de todos os cidadãos nos procedimentos políticos e nas diversas prestações decorrentes de suas diversas dimensões” (CARNEIRO, 2013, p. 140). Carneiro argumenta que as intervenções judiciais individuais até podem sugerir a tutela da cidadania e a concreção das disposições constitucionais, “mas isso não significará que, no plano da macro justiça, observaremos a universalização de tais prestações e, conseqüentemente, a manutenção da igualdade” (CARNEIRO, 2013, p. 140). A judicialização, portanto, estaria marcada pela incapacidade de transformar a realidade da inefetividade constitucional e de provocar reflexos generalizantes nas política públicas. Ao contrário, a partir da análise dos casos da judicialização da saúde e dos juizados especiais, Carneiro conclui que não se opera a autonomia do direito constitucionalizado e não se possibilita a superação da constitucionalização simbólica ou da *cidadania tutelada*<sup>37</sup>, no termo utilizado por Calmon de Passos (CARNEIRO, 2013, p. 141).

No campo do direito à saúde, a judicialização assumiu sua forma mais arrojada. São milhares as ações judiciais que determinam aos Entes Federados a entrega de prestações de saúde curativa<sup>38</sup>. As demandas pela aquisição e entrega de medicamentos, especialmente os de alto custo, são as mais recorrentes, mas, em casos extremos, determina-se a prestação de serviço de *home care* e até o custeio de tratamentos experimentais no exterior. Diante desse cenário, Carneiro questiona se a intervenção judicial que direciona vultuosos recursos para entregar prestações individuais teve um impacto positivo sobre o quadro geral da saúde

---

<sup>37</sup>Para Calmon de Passos, “cidadania tutelada seria aquela formalmente deferida, mas operacionalmente constringida. Outorga-se formalmente cidadania, mas não se deferem, de forma institucionalizada, os instrumentos que a garantem. (...) A cidadania institucionalizada formalmente pela Constituição de 1988 foi uma forma acentuada de ‘cidadania tutelada’ porquanto, o enunciada formalmente de um modo superabundante, organizou-se o poder político de molde não sofrer nenhum tipo de controle social efetivo em condições de limitá-lo, fiscalizá-lo ou direcioná-lo” (PASSOS, 2006, pp. 9-23).

<sup>38</sup> Segundo o CNJ, são 1.346.931 as ações judiciais que tramitaram no Poder Judiciário em 2016 com o tema saúde, das quais 214.947 demandavam tratamento médico/hospitalar ou fornecimento de medicamentos pelo SUS. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj> e <http://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em 10/12/2018.

pública. A resposta seria negativa, na medida em que persiste a divisão entre a maioria de subintegrados, que se resigna com as regras de acessibilidade ao SUS, e aqueles que podem custear a saúde complementar privada e/ou pleiteiam ao Judiciário a tutela de sua cidadania (CARNEIRO, 2013, p. 146). Carneiro conclui afirmando que a tutela jurisdicional individualizada que concretiza a cidadania para alguns poucos privilegiados, ao passo em que contingencia recursos do já combatido serviço de saúde posto à disposição da massa de subintegrados, “no macro assume a forma ‘diabólica’ de ‘cidadania tutelada’, marca do descolamento da ‘constitucionalização simbólica’ do direito à saúde para a sua ‘judicialização’” (CARNEIRO, 2013, p. 147)<sup>39</sup>.

Ao tratar do papel político-ideológico da constitucionalização simbólica, Marcelo Neves afirma que:

O ‘constitucionalismo aparente’ implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional. (NEVES, 2011, p. 98)

Individualmente observadas, as decisões que adjudicam prestações de saúde curativa levam à ilusão de que o direito social à saúde está sendo concretizado, imunizando o sistema jurídico contra as alternativas. Observa-se, portanto, um deslocamento dos efeitos positivos da constitucionalização simbólica para a judicialização. Significa dizer, o papel político-ideológico, que renega os direitos sociais à retórica, desloca-se da política para o Poder Judiciário, configurando a judicialização simbólica.

Após duas décadas de judicialização da saúde não se observou a congruente generalização das expectativas normativas ou a inserção igualitária na cidadania. Ao contrário, as promessas constitucionais são constantemente condenadas a um futuro longínquo e incerto, pelo menos para a massa de subintegrados. Ao passo em que demandas individuais são deferidas irrestritamente pelo Poder Judiciário, em detrimento da reflexão

---

<sup>39</sup> Para uma visão alternativa das possibilidades da judicialização na luta pela concretização de direitos sociais, conferir: SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. Coimbra: Edições Almedina, 2015. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, n.º 89, 2011, pp. 1669-1698.

acerca dos custos e do impacto sobre a sustentabilidade das políticas públicas, questões estruturais para a concretização universal e igualitária do direito à saúde, como é o caso das ADIs interpostas em face da E.C. 95/2016, são renegadas (cf. subcapítulo 1.2).

Este cenário justifica a abordagem deste trabalho, que se utiliza de uma perspectiva mais empírica para observar a judicialização a partir das suas consequências sobre a fruição igualitária do direito à saúde. A hipótese, na linha do que é argumentado por Octavio Ferraz, Daniel Wang, Fabiola Vieira, Virgílio Afonso da Silva, Fernanda Terrazas e Wálber Carneiro<sup>40</sup> é a de que o modelo de judicialização ampla, irrestrita e individualista adotado no Brasil favorece as camadas privilegiadas da sociedade. O estrato da população que possui melhores condições de acesso à saúde é justamente aquele que, por também possuir melhor acesso à justiça, se beneficia da judicialização em detrimento da massa de subintegrados, que sofre com as externalidades negativas da judicialização e a quem, portanto, se sobrepõem as iniquidades.

Este trabalho tem por objetivo abordar o problema (judicialização simbólica) a partir de suas consequências redistributivas. Para isso, o capítulo seguinte se dedicará a apresentar a questão das escolhas alocativas trágicas que transpassam a concretização dos direitos fundamentais a partir das obras de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, Stephen Holmes e Cass Sunstein e Gustavo Amaral. Em seguida, será justificada a adoção da análise consequentialista como uma alternativa às abordagens formalistas.

---

<sup>40</sup> Cf. FERRAZ, Octávio Luis Motta. Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil”. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). *Litigating Health Rights: can courts bring more justice to health?* Harvard: Harvard University Press, 2011; FERRAZ, Octávio Luis Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, 2011, pp. 1643-1668; FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 52, n.º 1, 2009; FERRAZ, Octavio Luiz Motta; WANG, Daniel Wei L. Atendendo os Mais Necessitados: acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 10, n. 18, 2013; CARNEIRO, Wálber Araújo. A cidadania tutelada e a Tutela da Cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, Wilson Alves de; CARNEIRO, Wálber Araújo; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. (Coords.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. *Law & Society Inquiry*, vol. 36, issue 4, 2011, pp. 825-853.

## Capítulo II – Escolhas Trágicas, Justiça Distributiva e a Insuficiência dos Modelos Jurídicos Formalistas

A concretização de direitos fundamentais, sejam eles de liberdade ou sociais, depende da ação estatal e, portanto, da alocação de recursos inexoravelmente escassos. Indivíduos não exercem direitos independentemente do Estado. Direitos são exercidos através do Estado, que é responsável pela sua definição, atribuição, interpretação e proteção. Todos os direitos, inclusive os liberais clássicos, portanto, são convencionais e não naturais, na medida em que são definidos por arranjos institucionais específicos, criados e mantidos pelo Estado moderno.

A inevitabilidade das escolhas disjuntivas trágicas na realização dos direitos fundamentais impõe a reflexão sobre os critérios que informam esses conflitos distributivos. Decidir por não decidir não evita que escolhas alocativas sejam realizadas, apenas impede que se reflita sobre a justiça dessas decisões, o que pode acabar por agravar as desigualdades e impor um abalo às fundações morais da colaboração social. Ao adjudicar individualmente prestações de saúde curativa, ignorando a questão dos custos dos direitos, o Judiciário adota, ainda que inconscientemente, o critério *first-come-first served*<sup>41</sup>, que pode gerar graves iniquidades, pois trata como iguais aqueles que não podem ser considerados iguais (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 43).

Justifica-se, portanto, o enfoque do trabalho sobre as consequências redistributivas da judicialização da saúde em um contexto de escassez de recursos e necessidades infinitas. Ao impor a criação de um sistema único de acesso universal e igualitário, a Constituição exige que o acesso à saúde seja informado pela busca da equidade em saúde, de modo a atenuar os efeitos das desigualdades socioeconômicas sobre o bem-estar físico e mental dos indivíduos.

Essa abordagem alinha-se à superação dos limites da concepção formalista do Direito em prol de uma análise consequencialista. A racionalidade jurídica formalista enxerga o direito como um sistema fechado, estático, insular, completo, coerente e unívoco. Assim, a preocupação do intérprete deveria ser apenas com o reforço da eficácia jurídico-normativa das disposições legais e dos precedentes judiciais, ainda que descontextualizado dos elementos políticos e sociais que permeiam a questão sob análise.

Propõe-se, ao contrário, uma análise consequencial, embora norteadas por um elemento moral identificado pela busca da fruição igualitária do direito à saúde. O enfoque

---

<sup>41</sup> Em tradução livre: primeiro a chegar, primeiro a ser servido.

recai sobre os impactos da judicialização da saúde sobre o papel redistributivo do gasto público em saúde.

## **2.1. Escolhas trágicas, custos dos direitos e a importância de se utilizar critérios jurídicos para pautar decisões alocativas de recursos escassos**

A obra *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, publicada no final da década de 1990, buscou superar a conhecida distinção entre direitos fundamentais de liberdade e direitos fundamentais sociais segundo os custos necessários à sua concretização. Stephen Holmes e Cass Sunstein tiveram o mérito de desconstruir, com absoluta clareza e riqueza de argumentos, a ideia de que apenas a realização de direitos sociais dependeria da ação estatal (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 34/38).

O esforço argumentativo de Holmes e Sunstein concentra-se em sustentar a positividade de todos os direitos, na medida em que a fruição de liberdades individuais não é garantida com a mera abstenção ou limitação da atividade estatal. Diante da inegável constatação de que direitos de liberdade dependem do Estado, que os reconhece e os protege e, portanto, da alocação de recursos estatais, não haveria porque distinguir direitos fundamentais em duas categorias arbitrárias (negativos e positivos) (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 39/42). Direitos custam porque os remédios destinados a sua proteção custam, e, sob esse aspecto, não há diferenças entre o direito à propriedade privada e o direito à saúde ou entre o direito à liberdade de expressão e o direito à moradia. Assim, a própria existência de um direito depende do aparato estatal de proteção e, portanto, da destinação de recursos estatais (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 44). Críticos do que denominam “ficção libertária”, a ideia de que indivíduos exercem direitos independentemente do Estado e dos recursos obtidos junto aos contribuintes, Holmes e Sunstein afirmam que aqueles que atacam os direitos sociais em razão de seus custos deveriam se dar conta de que a definição, a atribuição, a interpretação e a proteção dos direitos liberais clássicos são serviços governamentais destinados especialmente àqueles que detêm a propriedade privada, sendo custeados pela receita obtida junto ao corpo social pela tributação (HOLMES; SUNSTEIN, p. 29).

Ao afirmarem que o sistema legal, portanto o Estado, não apenas protege e defende a propriedade, mas a cria e a define, Holmes e Sunstein se aproximam da perspectiva defendida por Liam Murphy e Thomas Nagel em *O Mito da Propriedade*. Algumas passagens das obras revelam a convergência acerca da ideia de que a propriedade privada é fruto de uma

convenção jurídica criada e mantida pelo Estado Liberal. Assim, não faria sentido associá-la à “liberdade do governo” (*freedom from government*), tendo em vista que “direitos de propriedade existem porque a posse e o uso são criados e regulados pelo Direito”. Por outro lado, “a segurança das aquisições e transações dependem, em sentido rudimentar, da habilidade do governo de extrair recursos dos cidadãos para aplicá-los em fins públicos”<sup>42</sup> (HOLMES; SUNSTEIN; 1999, p. 61). A garantia de proteção da propriedade privada depende da alocação de recursos orçamentários obtidos pela via da tributação, de modo que não faz sentido falar em uma propriedade pré-estatal ou pré-tributária.

A propriedade é criada e definida pelo arranjo institucional adotado, o que revela sua natureza convencional. Ela é fruto de um sistema de regras e instituições estatais, portanto é um produto da cooperação social e não um direito natural (MURPHY; NAGEL, 2005, pp. 10/11). Por outro lado, o grau de acumulação da propriedade é o principal motor da desigualdade, o que se dá, principalmente, em razão da taxa de remuneração do capital superar a taxa de crescimento da economia (PIKETTY, 2014, p. 33). Portanto, os diferentes níveis de fruição da propriedade revelam e alimentam a intensidade das desigualdades socioeconômicas<sup>43</sup>.

Já a proteção da propriedade é desigual quando delegacias e batalhões de polícia de áreas nobres recebem mais recursos humanos e financeiros do que aqueles localizados nas periferias, por exemplo. A definição, proteção e atribuição da propriedade constituem um serviço público financiado por todos, mas que é entregue apenas àqueles que a detêm (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 29). Ou seja, tanto a titularidade quanto o nível de proteção da propriedade são desiguais.

O direito ao voto, igualmente, está inserido na categoria dos direitos civis e políticos, fruto das revoluções liberais burguesas, cujo exercício tradicionalmente não é condicionado à existência de recursos orçamentários. Naturalmente, não se cogita que a ocorrência de eleições esteja sob a reserva do financeiramente possível. Garantir o sufrágio, contudo, custa caro aos contribuintes. Em 2014, ano de eleições presidenciais, o orçamento da Justiça Eleitoral chegou a seis bilhões de reais<sup>44</sup>, que somados aos quase oitocentos e

---

<sup>42</sup> Tradução livre.

<sup>43</sup> Considerando, no entanto, o modo de organização econômica que impera na atualidade, algum nível de desigualdade, ou pelo menos a expectativa de ganhos desiguais, é inerente – e provavelmente necessária – ao desenvolvimento econômico. Afinal, “se a totalidade da produção estivesse destinada aos salários e nada se transformasse em lucro, seria muito difícil atrair os recursos necessários para financiar novos investimentos” (PIKETTY, 2014, p. 46).

<sup>44</sup> Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/9415>. Acesso em 24/07/2018.

quarenta milhões de reais em renúncias fiscais concedidas como contrapartida à disponibilização do horário eleitoral gratuito<sup>45</sup>, faz com que nossas eleições custem a impressionante quantia de oito bilhões e quinhentos milhões de reais em valores atuais<sup>46</sup>, sem considerar o financiamento público das campanhas políticas.

O obstáculo financeiro-orçamentário imposto apenas à concretização de direitos sociais – muitas vezes na forma do argumento da *reserva do possível* – não sobrevive à inegável realidade de que direitos de liberdade também custam. Ambos são realizados pelo desempenho do aparato estatal custeado por recursos obtidos junto ao corpo social pela tributação. A liberdade e a propriedade não são menos dependentes do orçamento do que o direito à assistência pública. Portanto, não apenas os direitos sociais são aspiracionais (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 119/120). À medida que todo direito custa, inclusive os de liberdade, não há como explicar a dificuldade de concretização de direitos sociais unicamente com o argumento da reserva do possível, o que não significa que a questão da escassez possa ser ignorada.

A efetivação de direitos fundamentais, sejam eles sociais ou de liberdade e participação política, depende da alocação de recursos inexoravelmente escassos, representando o que Calabresi e Bobbitt chamam de *escolhas trágicas*. Em um cenário de escassez de recursos e necessidades infinitas, as escolhas que recaem sobre quais direitos privilegiar e sobre os indivíduos que receberão as prestações estatais são quase sempre dramáticas, uma vez que podem implicar grande sofrimento para aqueles cujas necessidades forem preteridas (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 18). A escassez é inerente, inevitável, portanto exige atenção sobre os métodos alocativos utilizados para evitar que os já insuficientes recursos sejam empregados de maneira ineficiente ou incompatível com o postulado da igualdade.

A escassez é responsável por tornar as escolhas trágicas. Na distribuição dos bens escassos, a sociedade deverá decidir quais os métodos de alocação e distribuição utilizará e quem serão os escolhidos para receber o produto da cooperação social. A questão mais problemática, contudo, talvez seja identificar quais são essas escolhas e quais os métodos mais adequados à concretização justa e igualitária do direito em questão. A distribuição dos bens escassos impõe sofrimento e até a morte aos preteridos, e destinar atenção a esses conflitos alocativos desperta sentimentos de compaixão, ultraje e terror no corpo social. Os

---

<sup>45</sup>Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2014/09/horario-eleitoral-custara-r-839-milhoes-aos-cofres-publicos>. Acessado em 24/07/2018

<sup>46</sup>Aplicação do IPCA-E até junho de 2018.

conflitos distributivos colocam, de um lado, os valores que uma sociedade utiliza para determinar os beneficiários da distribuição, limitados pela escassez, e, de outro, os valores morais da vida e do bem-estar. Nesse cenário são confrontadas as escolhas trágicas, cujas alocações devem preservar as fundações morais da colaboração social (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 18).

A limitação de recursos impõe à sociedade seleções de duas ordens. Primeiro deve decidir quanto, dentro dos limites naturais, produzirá e disponibilizará de determinado bem ou prestação (*first-order decision*<sup>47</sup>). Em um segundo momento, deve decidir quem receberá o que foi produzido (*second-order decision*<sup>48</sup>) (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 19). Essas seleções são informadas por métodos alocativos que não podem ser ignorados, sob pena de se adotar, ainda que inconscientemente, o critério *first-come-first served*<sup>49</sup>, que pode promover severa iniquidade, na medida em que há, na sociedade, assimetria de informações acerca da disponibilidade do bem social em questão, particularmente se essa distribuição desigual decorre de atributos sociais e econômicos, como de fato ocorre no caso da judicialização da saúde. Escolher por não escolher, entregando os bens sociais escassos aos primeiros que os solicitam trata como iguais aqueles que não podem ser efetivamente considerados iguais (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 43).

A perspectiva proposta por este trabalho não ignora que o principal obstáculo à adequada concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 seja a insuficiente destinação de recursos orçamentários. Pelo contrário, parte-se da premissa, exposta no primeiro capítulo, de que esses recursos são insuficientes, o que, no entanto, não diminui a importância de abordagens que se propõem a refletir sobre a eficiência<sup>50</sup>, do ponto de vista da fruição igualitária de direitos fundamentais, das escolhas alocativas. Por outro lado, embora muitas das escolhas governamentais derivem do empenho em satisfazer interesses patrimonialistas, o que decorre, inegavelmente, da corrupção endêmica que atinge nossas instituições públicas e privadas, refletir sobre a escassez na realidade brasileira não é tarefa imoral, principalmente se considerarmos que eventuais externalidades negativas de decisões alocativas equivocadas não serão absorvidas por agentes corruptos, mas sim pela

<sup>47</sup> Em tradução livre: decisão de primeira ordem.

<sup>48</sup> Em tradução livre: decisão de segunda ordem.

<sup>49</sup> Em tradução livre: primeiro a chegar, primeiro a ser atendido.

<sup>50</sup> O termo “eficiência” aqui adotado não se confunde com a “eficiência” pretendida por análises utilitaristas ou pela Análise Econômica do Direito. A eficiência, nos moldes em que aqui é empregada, está mais próxima do conceito de efetividade ou de eficácia social da Constituição (cf. nota n.º 9).

população mais carente. Mesmo em sociedades com menores índices de corrupção e em avançado estágio de implementação do *welfare state*, as escolhas disjuntivas são inevitáveis<sup>51</sup>. A insuficiência de recursos aumenta o nível de escassez e, portanto, torna ainda mais importante a reflexão sobre a alocação<sup>52</sup>.

Destinar recursos para a resolução de um problema inevitavelmente impõe que menos recursos sejam destinados a outros. Essa compreensão exige que nenhum direito seja entendido como absoluto, mas sim dependente de uma alocação seletiva de recursos. Aceitar a existência dessa seletividade e compreendê-la é o primeiro passo para exigir que ela atenda a um critério de justiça minimamente aceitável, ou nas palavras de Calabresi e Bobbitt, para preservar as fundações morais da colaboração social (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 18). Só assim será possível fazer as perguntas certas: quem decide sobre o financiamento de direitos fundamentais e para quem devem ser entregues? Quão justo é o nosso sistema de alocação de recursos escassos? E quem é de fato habilitado a tomar estas decisões (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 131)?

A judicialização das políticas públicas transferiu a atribuição de tomar parte dessas decisões ao Poder Judiciário, o que, em regra, significa utilizar o critério do acesso à justiça para pautar escolhas alocativas de recursos escassos. Em última análise, isso significa que o método –inconsciente– utilizado para resolver as decisões trágicas privilegia os primeiros -ou únicos- a acessarem o Judiciário, inserindo-se no tipo *first-come first-served* na denominação apresentada por Guido Calabresi e Philip Bobbitt (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 43). O problema é que, segundo a hipótese do trabalho, a utilização desse critério sobrepõe iniquidades. Indivíduos com pior acesso a bem sociais, que não possuem sequer o mínimo existencial, são justamente aqueles que, em regra, têm menos acesso à justiça. Já os

---

<sup>51</sup> Talvez o melhor exemplo do que aqui se afirma seja o direito à saúde, em que a escassez atinge não apenas os recursos financeiros, mas também os recursos técnicos (ex: disponibilidade de equipamentos e leitos hospitalares), humanos (ex: número de médicos especialistas em determinada área) ou mesmo a disponibilidade de órgãos para transplante.

<sup>52</sup> Ainda que as decisões de primeira ordem fossem dirigidas a destinar recursos suficientes a acabar com a escassez na área da saúde pública, essa própria decisão representaria uma escolha trágica, na medida em que retiraria recursos de outras situações trágicas. Há, portanto, uma ilusão de que a escolha da sociedade por destinar mais recursos seria suficiente para evitar a escassez e as escolhas trágicas. Calabresi e Bobbitt, ao tratar do que chamam de paradoxo da suficiência das decisões de primeira ordem, afirmam: “a ilusão da suficiência (a) permite que algumas determinações trágicas de primeira ordem sejam consideradas garantidoras da vida, apesar de implicarem necessariamente determinações de primeira ordem em outras áreas trágicas em que significarão uma negativa à vida; (b) permite que algumas dessas outras determinações de primeira ordem sejam consideradas como não negativas à vida, embora sejam; c) permite que uma classe de determinações de segunda ordem seja percebida como não negativa à vida, embora todas essas decisões de segunda ordem impliquem uma decisão de negar a vida” (CALABRESI, BOBBITT, 1978, p. 135, tradução livre).

mais favorecidos, privilegiados no que se refere ao acesso à saúde, acessam o Judiciário em busca de prestações estatais que, por consequência, serão negadas aos demais.

A imposição de *tradeoffs* no âmbito das políticas públicas exige que aqueles que se destinam a analisá-las –sob a ótica do processo jurisdicional ou não– tenham uma perfeita compreensão do que está sendo dado e do que está sendo negado, “do que atender e do que não atender” (AMARAL, 2010, p. 150). Qualquer outra abordagem, especialmente aquelas que consideram ser possível entregar tudo a todos, revela certo grau de irresponsabilidade, que pode mais atrapalhar do que auxiliar na concretização dos direitos que pretende promover<sup>53</sup>.

*Tradeoffs* estão presentes tanto na concretização dos direitos fundamentais liberais clássicos quanto nos direitos sociais. A propriedade, como já afirmado, é protegida seletivamente quando são destinados mais policiais e recursos para o combate de crimes em áreas mais ricas das cidades, ou mesmo quando alguns batalhões de corpo de bombeiros – também aqueles próximos a bairros das classes mais altas– recebem mais recursos que outros. Ignorar os custos dos direitos significa ignorar, convenientemente, a existências desses *tradeoffs* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 24).

Não há como, diante da inexorável escassez que impõe a adoção de escolhas trágicas na realização dos direitos fundamentais, considerá-los como absolutos. A crença na possibilidade de entregar toda e qualquer prestação de saúde a todos está desacoplada da realidade e tende a não levar esse direito a sério. Atentar para essa realidade não significa que as decisões acerca da realização do direito à saúde, por dependerem de *tradeoffs* monetários, sejam tomadas por contadores que tenham por objetivo uma mera maximização utilitarista dos recursos. O que se pretende, segundo Holmes e Sunstein, é que a teoria do direito, se deseja compreender o modo pelo qual as estruturas do regime do direito e o governo atuam, leve em consideração essa realidade. A teoria jurídica seria mais realista se examinasse abertamente a competição por recursos escassos que necessariamente se passa entre os direitos fundamentais e entre os direitos fundamentais<sup>54</sup> e outros valores sociais (HOLMES, SUNSTEIN, 1999, pp. 97-98).

---

<sup>53</sup> “A no-compromise attitude will therefore produce confusion and arbitrariness and may, on balance, disserve the very rights it intends to promote” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 125). Em tradução livre: Uma atitude descompromissada produzirá, por conseguinte, confusão e arbitrariedade e poderá, em última análise, prejudicar os próprios direitos que pretende promover.

<sup>54</sup>Os autores utilizam a expressão “*basic rights*” que, na tradução literal, significa “direitos básicos”. Contudo, supõe-se que se referem aos direitos fundamentais.

No que se refere ao direito à saúde, a questão da escassez mostra-se ainda mais relevante quando levada em consideração a progressão do gasto que decorre dos avanços tecnológicos e do próprio sucesso obtido com a cura dos pacientes, ponto que é abordado por Gustavo Amaral:

Os recursos são intrinsecamente escassos, ainda mais no que tange à medicina. Todas as estatísticas existentes sobre gastos com saúde, em todos os países, mostram uma progressão quase que geométrica e isso não resulta de uma ‘batalha perdida’, muito pelo contrário. É o êxito no combate à mortalidade infantil que traz mais pessoas a idade adulta, quando sofrerão com doenças cujo tratamento é mais sofisticado e caro. O êxito em um tratamento levará a que outro, mais tarde, se faça necessário (AMARAL, 2010, p. 16).

O fato é que uma política pública, ao concretizar as prioridades governamentais, revela decisões estatais que, eventualmente, serão disjuntivas, pois terão que escolher, dentre os indivíduos elegíveis, aqueles que irão receber os bens ou prestações escassas. Ao priorizar determinado interesse ou direito, a atuação estatal nega outra demanda que pode ser tão ou mais legítima. Dar a devida atenção aos custos dos direitos e às decisões alocativas inerentes a sua concretização não é apenas uma questão orçamentária, pois leva a problematizar, do ponto de vista filosófico, questões de justiça distributiva e *accountability* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 131). Sob essa perspectiva, levar os direitos a sério pressupõe levar a escassez a sério (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 94). Escolher por não escolher, sob o argumento de que questões orçamentárias não devem ser consideradas diante de um risco à vida, não impede que escolhas trágicas tenham que ser tomadas, apenas impede que se jogue luz sobre a injustiça que elas possam vir a representar.

As reflexões aqui realizadas nos permitem estabelecer duas importantes premissas que justificam a linha argumentativa adotada neste trabalho. Em primeiro lugar, a partir da constatação de que ambas as categorias de direitos fundamentais (sociais e de liberdade) dependem da alocação de recursos estatais inexoravelmente escassos, não faz sentido utilizar a reserva do possível como um obstáculo apenas à concretização de direitos sociais. Segundo, dependendo dessa concretização de escolhas alocativas trágicas, justifica-se a pergunta sobre as consequências de um modelo de judicialização irrestrito e excessivamente individualista sobre

a fruição igualitária do direito à saúde. Isto é, o fato de os custos não serem um obstáculo apenas aos direitos sociais não significa que possam ser ignorados.

A preocupação, portanto, recai menos sobre os limites da legitimação judicial e da abrangência e eficácia lógico-normativa do direito à saúde e mais sobre as consequências do modelo de judicialização que, acreditando ser possível entregar tudo a todos, ignora as decisões disjuntivas (*tradeoffs*) inerentes à missão de concretizar os direitos sociais. O foco do trabalho são os efeitos redistributivos da judicialização em um contexto de escassez de recursos e necessidades infinitas.

Dessa forma, os próximos itens dedicar-se-ão a justificar e delimitar o referencial teórico adotado, que procura compatibilizar uma postura consequencialista com a orientação por valores morais de justiça social na distribuição das prestações sociais.

## **2.2. As escolhas trágicas como instrumento de distribuição do produto da cooperação social e a teoria igualitária de John Rawls**

A ênfase deste trabalho sobre os efeitos redistributivos da judicialização da saúde impõe algumas reflexões sobre o referencial de justiça adotado. A inevitável escassez dos recursos torna igualmente inevitável a reflexão acerca da justiça da sua distribuição entre os indivíduos.

Dos arts. 196<sup>55</sup> e 198<sup>56</sup> da Constituição da República denota-se uma escolha do constituinte originário por estabelecer um sistema único, integral, gratuito e público, cujas políticas econômicas e sociais objetivem a “redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços” para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Do texto constitucional, portanto, infere-se a adoção do princípio da igualdade material, traduzido na ideia de que compete ao Estado, financiado pela receita tributária obtida junto ao corpo social, atenuar as iniquidades de acesso à saúde determinadas pelas desigualdades socioeconômicas. A cada indivíduo, portanto, são devidas prestações materiais

---

<sup>55</sup>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.

<sup>56</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade. (...)

de saúde a cargo do Estado. Não sendo, contudo, possível ofertar todo e qualquer tratamento a todos, cabe às políticas públicas estabelecer prioridades - que deverão levar em consideração as necessidades individuais - na distribuição e na alocação de recursos, tendo sempre como parâmetro a busca da equidade na saúde. (FORTES, 2004, p. 41)<sup>57</sup>.

A saúde, compreendida como um estado de bem-estar físico, mental e social, é um elemento importante do desenvolvimento humano, essencial para a atenuação das desigualdades socioeconômicas (SANTOS, 2016, pp. 45-46). O gasto social, ao contrário do que ocorre com a tributação no Brasil, é marcado pela progressividade, o que confere ao sistema de saúde um papel relevante na superação das iniquidades. Os serviços públicos de saúde exercem um papel redistributivo, pois, em regra, são prestados às parcelas mais desfavorecidas da população, àqueles que não podem arcar com os custos da saúde privada<sup>58</sup>. Assim, os gastos sociais e as condições de saúde e de acesso aos serviços de saúde devem ser enxergados a partir da perspectiva da justiça social e da solidariedade (CR, art. 3º, I) e merecem um lugar de destaque nas discussões sobre equidade e justiça (TRAVASSOS; CASTRO, 2014, p. 183).

Em *Uma Teoria da Justiça*, John Rawls formula uma concepção filosófica de justiça política e social alternativa ao utilitarismo então predominante no pensamento político anglo-saxão (RAWLS, 2016, p. 26). A concepção de Rawls é dirigida à justiça na distribuição dos bens sociais primários, dentre os quais podem se inserir as prestações de saúde (FORTES, 2004, p. 42).

A superação do utilitarismo em Rawls nasce com a crença de que em uma sociedade marcada pelo pluralismo de valores, não há espaço para concepções homogêneas de felicidade, moral, utilidade e bem-estar<sup>59</sup>. Parte-se, portanto, da rejeição à ideia de que “os termos apropriados da cooperação social são definidos por tudo quanto, em determinado contexto, possibilite o total mais elevado de satisfação dos desejos racionais dos indivíduos”,

---

<sup>57</sup> Paulo Antônio Fortes afirma, com base na posição da Organização Mundial da Saúde (OMS) que “buscar a equidade na saúde significa que as políticas e os sistemas públicos de saúde deveriam partir do princípio da existência de diferenças nas condições de saúde das pessoas e desenvolver ações tendentes a eliminar ou, ao menos, reduzir ao mínimo possível as diferenças desnecessárias, evitáveis e injustas entre grupos humanos com diferentes níveis sociais e fornecer ações e serviços de saúde em função das necessidades” (FORTES, 2004, p. 42).

<sup>58</sup>O tema do papel redistributivo exercido pelo gasto social em saúde será abordado com maior profundidade no capítulo III.

<sup>59</sup>Segundo Rawls, as diferentes teorias utilitaristas concordam com a ideia de que “a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem” (RAWLS, 2016, p. 27).

uma vez que não importa, para o utilitarista, como a soma dessas satisfações é distribuída entre os membros do corpo social (RAWLS, 2016, p. 31). Para Rawls, o bem-estar da sociedade não pode justificar que injustiças sejam perpetradas contra alguns. A violação da liberdade não é compensada com o aumento do bem-estar geral (RAWLS, 2016, p. 4).

A proposta do liberalismo igualitário de Rawls é contratualista, entende a sociedade como um empreendimento cooperativo que gera benefícios mútuos para seus integrantes. E exatamente sobre o critério de distribuição do produto da cooperação social é que recai a *teoria da justiça como equidade*. Busca-se “um padrão por meio do qual se devem avaliar os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade” (RAWLS, 2016, p. 11).

A estrutura básica da sociedade, ou seja, a arquitetura das suas principais instituições – constituição política e os arranjos econômicos e sociais – determina a distribuição das vantagens da cooperação social. Esse desenho estrutural deve ser o principal objeto de uma teoria da justiça para Rawls, pois define as oportunidades iniciais dos indivíduos, e, portanto, condiciona suas expectativas e o grau de bem-estar que podem almejar ao longo da vida. A ideia de mérito, neste cenário, exerce um papel coadjuvante (RAWLS, 2016, p. 9).

A justiça como equidade, portanto, se apresenta como uma concepção política e não metafísica ou epistemológica, na medida em que proporciona uma base para um acordo político acerca da distribuição dos frutos da cooperação social, sem exigir que esse compromisso atinja aspectos da vida pessoal dos indivíduos (RAWLS, 1992). O contrato social proposto por Rawls possui um nível mais alto de abstração, uma vez que seu objeto são “princípios de justiça para qualquer forma de governo ou para qualquer forma de cooperação social” (ANDRADE, 2015, p. 30).

A definição dos princípios que devem nortear a atribuição dos benefícios da cooperação social se utiliza do que Rawls chama de *posição original hipotética*. Nessa situação hipotética, os indivíduos, a quem é atribuída a definição dos critérios de distribuição do produto da cooperação social, estão sob um véu de ignorância, propiciado por um retorno – hipotético e não histórico-real – ao estado da natureza da teoria tradicional do contrato social, onde “ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero” (RAWLS, 2016, p. 15). Seria possível, assim, que os princípios de justiça fossem escolhidos sem o conhecimento de situações que geram discórdia, permitindo o descobrimento daquilo que pessoas racionais, desinteressadas na promoção de interesses individualistas, decidiriam em uma situação equitativa inicial.

Para a teoria da justiça como equidade, as pessoas na posição inicial optariam por dois princípios de justiça. O primeiro deles requer igualdade na atribuição dos direitos e deveres fundamentais. O segundo, que Rawls chama de *princípio da diferença*, sustenta que as desigualdades econômicas e sociais só se justificam se proporcionarem vantagens recompensadoras para os mais desfavorecidos (RAWLS, 2016, p. 91). Dessa maneira, as desigualdades na distribuição dos bens primários à disposição da sociedade (direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza) só estariam de acordo com a concepção de justiça se fossem vantajosas aos indivíduos em pior situação: “a desigualdade de expectativa só é permissível se a redução nas expectativas desse indivíduo representativo [da classe mais favorecida, inserimos] tornasse a classe trabalhadora ainda mais desfavorecida”. De acordo com o princípio da diferença o esquema distributivo será considerado injusto sempre que as expectativas dos mais favorecidos forem consideradas excessivas, ou seja, nos casos em que a sua diminuição significasse uma melhoria para as expectativas dos menos favorecidos (RAWLS, 2016, pp. 94-95).

Para Rawls, o primeiro princípio de justiça, que exige distribuição formalmente igualitária, é mais adequado às liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão e reunião, a liberdade política (direito de votar e de ser eleito), o direito à propriedade pessoal e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias. O segundo princípio se aplicaria às desigualdades sociais e econômicas, que só seriam justificáveis quando fossem vantajosas para todos e especialmente para os menos favorecidos (RAWLS, 2016, p. 74). Assim, a observância da concepção de justiça proposta por Rawls dependeria do atendimento do primeiro princípio na entrega de direitos fundamentais de liberdade e do atendimento do princípio da diferença na entrega de direitos sociais, cuja função é atenuar as desigualdades do modelo de Estado liberal e capitalista.

Portanto, ao deslocar a teoria da justiça como equidade para a distribuição das prestações de saúde -compreendidas como um produto da cooperação social-, é possível concluir que o arranjo institucional deve viabilizar a mitigação das iniquidades de acesso determinadas pelas desigualdades econômicas e sociais, ainda que essas desigualdades tenham se estabelecido pelo mérito individual. Ou seja, o acesso às prestações de saúde, pelo menos no que se refere ao sistema público, não deve ser simplesmente determinado pelo código-diferença econômico do ter/não ter, em face da adoção do princípio da igualdade material.

Os direitos sociais foram concebidos como um instrumento de promoção de condições materiais mínimas sem as quais não há existência humana digna. Cabe ao Estado,

assim, oferecer as prestações de natureza material indispensáveis para assegurar aos cidadãos uma vida condigna, sendo este um dever que decorre da dignidade da pessoa humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, pp. 23/25). Assim, propõe-se que o princípio da diferença seja também aplicado como princípio de justiça apto a avaliar os diferentes níveis de fruição e expectativas sobre o acesso à saúde, de modo que:

O esquema [de atribuição das prestações de saúde] será injusto quando as expectativas mais elevadas, uma delas, ou mais, são excessivas. Se essas expectativas diminuíssem, a situação dos menos favorecidos melhoraria. A medida da injustiça de um arranjo institucional depende de quão excessivas são as expectativas mais elevadas e até que ponto se apoiam na violação dos outros princípios da justiça, por exemplo, a igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2016, p. 95).

Apesar de se identificar como uma concepção deontológica – cujo contraponto são as concepções teleológicas, especialmente aquelas do utilitarismo -, a teoria da justiça como equidade não escapa completamente do consequencialismo, na medida em que as “consequências são fundamentais para a valoração moral de um ato, distinguindo-se de uma visão estritamente deontológica, na qual as consequências não são levadas em consideração para o estabelecimento do valor moral de uma ação” (SILVEIRA, 2007, p. 174). Rawls afirma que sua teoria não caracteriza

(...) a correção moral das instituições e dos atos independentemente de suas consequências. Todas as doutrinas éticas dignas de atenção levam em conta as consequências ao julgar o que é certo. Aquela que não o fizesse seria simplesmente irracional, insana (RAWLS, 2016, p. 36).

Rawls de fato se preocupa em julgar a correção moral das instituições segundo as suas consequências sobre a distribuição dos produtos da cooperação social. A teoria da justiça como equidade é uma teoria sobre a divisão dos bens sociais. Rawls direciona sua atenção à justiça da arquitetura das instituições básicas da sociedade. Isto é, analisa as decisões políticas e sociais segundo as suas consequências sobre uma determinada concepção igualitária de justiça. Sob esse aspecto, é possível dizer que o consequencialismo é um elemento importante da teoria de Rawls, na medida em que, repita-se, sua obra recai sobre o resultado

(consequências) da arquitetura das instituições públicas sobre a distribuição dos bens sociais, sobretudo sobre a (in)justiça dessa distribuição.

Trata-se, no entanto, de um consequencialismo impregnado com uma concepção moral igualitária marcante, que muito difere do consequencialismo puramente teleológico sustentado pelo pragmatismo jurídico ou pelo utilitarismo<sup>60</sup>. Rawls escreveu sua obra em reação ao utilitarismo e sua concepção teleológica pura, cuja pretensão era maximizar o bem-estar geral de uma determinada comunidade, ainda que pelo sacrifício de direitos e posições individuais.

A teoria da justiça de Rawls rejeita o consequencialismo organicista do utilitarismo, o tipo de consequencialismo que enxerga a sociedade “como um corpo, no qual é possível sacrificar algumas partes em virtude das restantes” (GARGARELLA, 2008, p. 8). Não seria correto dizer, contudo, que a teoria da justiça como equidade de Rawls é indiferente às consequências das decisões políticas ou jurídicas por ela informadas. A teoria da justiça como equidade, de acordo com Rawls, é deontológica na medida em que não é teleológica, isto é, que “não especifica o bem independentemente do justo”, o que não significa um desprezo em relação às consequências daquilo que julga certo (RAWLS, 2016, p. 36). Como afirmado textualmente por Rawls, simplesmente ignorar as consequências seria uma atitude irracional. Assim, apenas as consequências que para Rawls são relevantes que diferem daquelas defendidas pelo utilitarismo. Isso não é o mesmo que dizer que Rawls ignora as consequências dos critérios que propõe para a distribuição das vantagens provenientes da cooperação social. Para Rawls, o tipo de resultado que uma decisão pública almeja deve promover um ideal igualitário, isto é, deve ser compatível com o princípio da diferença.

A teoria igualitária de Rawls, portanto, possui duas características que dialogam com a abordagem deste trabalho: 1) insere um elemento de orientação moral na avaliação da repartição dos frutos da cooperação social, em oposição às posições de inspiração utilitarista, que se preocupam apenas com a maximização do bem-estar geral; 2) sua preocupação recai sobre as consequências dessa repartição em relação a um ideal igualitário. O objetivo deste trabalho é justamente entender quais as consequências da judicialização da saúde sobre a (re)distribuição das prestações de saúde curativa entre os cidadãos, tendo como parâmetro a igualdade material.

---

<sup>60</sup> Para uma visão alternativa a defendida por Rawls, cf.: POSNER, Richard. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012 e POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. São Paulo: Editora Forense, 2010.

Conforme se verificará no capítulo III, as relações entre desigualdades socioeconômicas e as condicionantes de saúde e doença são intensas, do que denota-se um acesso desigual à saúde que condena os estratos inferiores da pirâmide social<sup>61</sup>. Segundo a hipótese apresentada, as consequências de um modelo de judicialização que beneficia litigantes que, por se localizarem também nos estratos socioeconômicos mais elevados, possuem maior acesso ao Judiciário, em detrimento do restante da população, são incompatíveis com uma concepção igualitária de justiça.

### **2.3. A insuficiência dos modelos formalistas de análise para lidar com as escolhas trágicas e a alternativa consequencialista**

Compreendido o referencial de justiça distributiva adotado, cumpre, a partir de agora, justificar a opção pela análise consequencial para avaliar a judicialização da saúde, apresentando-a como uma alternativa à insuficiência das análises puramente formalistas que prevalecem na dogmática jurídica.

Manuel Atienza apresenta o formalismo como uma das concepções teórico-filosóficas do Direito que, ao longo do século XX, se desenvolveram nas sociedades ocidentais<sup>62</sup>. Para ele, o formalismo enquanto concepção jurídica não seria a mera “racionalidade formal” que enxerga o Direito como um conjunto de regras que funcionam como razões excludentes e peremptórias, induzindo o julgador a desconsiderar as circunstâncias dos casos que não são abrangidas pela norma geral e abstrata (ATIENZA, 2014, pp. 33-35). Atienza compreende o formalismo de forma mais ampla, enquanto uma concepção do Direito que compreende grandes correntes como a escola da exegese, a *analytical jurisprudence* e o “formalismo jurisprudencial”. Para ele o formalismo significa:

---

<sup>61</sup> Gustavo Amaral aponta que, como resultado da desigualdade, parte da sociedade brasileira sofre com doenças “modernas” ou da “riqueza”, “ao passo que outra parcela ainda sofre com ‘doenças da miséria’, como febre amarela, cólera e malária”. A alocação não igualitária de recursos fica evidente, segundo o autor, quando se verifica que o Brasil possui padrões de “primeiro mundo” no combate a mazelas como a poliomielite e a AIDS, que atingem igualmente ricos e pobres, enquanto “mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação, a saúde” (AMARAL, 2010, pp. 16/17).

<sup>62</sup> As demais seriam o realismo jurídico, o jusnaturalismo, o normativismo positivista e as teorias críticas do Direito (ATIENZA, 2014, p. 26).

(...) uma tendência para tornar absolutos os elementos formais do Direito e a construir a partir daí uma teoria – uma ideologia – que, para os efeitos que aqui interessam, se caracteriza por uma tendência para a simplificação das operações de interpretação e aplicação do Direito (ATIENZA, 2014, p. 35).

A lógica do formalismo é a lógica do raciocínio jurídico que baseia a justificação jurídica na fórmula da subsunção, isto é, o processo pelo qual normas individuais e concretas são obtidas a partir de normas gerais e abstratas, com a desconsideração de qualquer elemento externo que não esteja compreendido na premissa normativa (lógica dedutiva). Atienza não se opõe à racionalidade jurídica ou à análise lógica do Direito, a que considera “um instrumento simplesmente essencial para o estudo e para a prática do raciocínio jurídico”, mas sim ao “logicismo jurídico (...), a tendência para reduzir o raciocínio jurídico aos seus elementos lógico-formais” (ATIENZA, 2014, pp. 35-36). A lógica formal condenada por Atienza é aquela que enfatiza a relação de inferência entre as premissas abstratas (norma geral) e a conclusão (norma individual), prescindindo-se de questionar os significados dos enunciados ou o contexto em que foram emitidos, abstraindo-se “de uma realidade que se trata de estudar” (ATIENZA, 2014, pp. 144-145).

Atienza entende que a argumentação jurídica deve encontrar nos “sinais de identidade do Direito (e do raciocínio jurídico) que o distingam de outros elementos da realidade social e que configuram algum grau de autonomia ao raciocínio jurídico” os limites da abertura do Direito. Isso não significa, contudo, a adoção da concepção fechada, estática e insular do formalismo em detrimento de uma concepção aberta e dinâmica, apta a contemplar as relações do sistema jurídico com o contexto do sistema social, especialmente com seus aspectos morais, econômicos, políticos e culturais (ATIENZA, 2014, p. 68).

A abordagem dogmática é uma vertente do formalismo no pensamento jurídico, sendo caracterizada pela prevalência da preocupação com a coerência formal ao texto da lei, com a racionalidade e com a completude do ordenamento jurídico sobre a consideração das consequências da decisão sobre os indivíduos afetados (BADIN, 2011, p. 25). A atividade de argumentação e justificação, segundo a abordagem jurídico-dogmática/formalista, consiste na “busca da melhor norma (ou, como diríamos no Brasil, o melhor princípio ou a melhor metódica de 'ponderação de valores') que teria que ter pedigree suficiente para ser aplicada à determinada questão” (KAUFMANN, 2010, p. 101), ainda que isso implique um desprezo pelas consequências da decisão, inclusive pelas externalidades que venham a recair sobre sujeitos estranhos à relação processual.

A crítica também é recorrente na obra de Daniel Bonilla Maldonado, que identifica no formalismo a concepção hegemônica na consciência jurídica latino-americana<sup>63</sup>.

Segundo o autor:

(...) el formalismo jurídico argumenta que el derecho es un sistema cerrado, un conjunto autónomo de normas jurídicas. Es decir, el sistema tiene sus propios mecanismos para crear, aplicar modificar y destruir las unidades que lo componen, sin necesidad de ningún otro sistema para subsistir y reproducirse. El derecho no tiene y no debe construir puentes que lo comuniquen con otros sistemas, como la sociología o la psicología, pues hacerlo lo contaminaría con agentes extraños que tienen una lógica interna distinta y que podrían llevar a una desnaturalización o que funcione inadecuadamente (BONILLA MALDONADO, 2013, p. 271).

O formalismo é marcado por uma argumentação eminentemente preocupada com a coerência lógico-formal do direito, cujo núcleo reside na reafirmação da eficácia jurídico-normativa das disposições legais e dos precedentes judiciais. Recorre a um dogmatismo descontextualizado das questões sociais e econômicas que permeiam os fatos, pessoas e instituições postas sob julgamento. Para a lógica formalista, os espaços onde se produz e se aplica o direito, assim como os problemas sociais que motivam sua criação e obstaculizam a sua eficácia, não são relevantes desde uma perspectiva que pretende compreender a norma de forma abstrata, sem maiores questionamentos sobre seu conteúdo (BONILLA MALDONADO, 2018, p. 9).

O formalismo compreende o Direito como um sistema completo, fechado, coerente e unívoco (BONILLA MALDONADO, 2018, p. 10). Assim, todas os conflitos sociais encontram solução no sistema jurídico e na compreensão da norma concreta como resultado de um processo subsuntivo que tem como ponto de partida a norma geral e abstrata e não admite abertura para considerações políticas, sociais ou econômicas. A coerência e a univocidade, por sua vez, significam que o sistema não admite antinomias, de modo que todo os conflitos normativos eventualmente existentes são passíveis de solução segundo as regras do próprio sistema; igualmente, os conflitos hermenêuticos também devem ser solucionados

---

<sup>63</sup>Para Bonilla, a concepção formalista do direito é predominantes nos países da América Latina como consequência do predomínio de uma educação jurídica formalista que é “legocêntrica”, enciclopédica, “memorística”, descontextualizada, acrítica e que tem como principal método pedagógico a aula magistral (BONILLA MALDONADO, 2018, p. 8).

por critérios e ferramentas de interpretação fornecidas pelo Direito (BONILLA MALDONADO, 2018, p. 10).

A crítica ao formalismo também aparece na obra de Jessé Souza:

A circunscrição da percepção do Direito ao ordenamento jurídico positivado é uma limitação pragmática compreensível para os operadores do Direito. Para uma compreensão mais ampla, no entanto, dos pressupostos sociais que condicionam a existência do Direito positivo na sua forma contingente concreta faz-se necessário ir além da referência, muitas vezes tautológica, ao mero ordenamento positivado. Essa circunstância fica muito clara no caso dos direitos sociais (SOUZA, 2013, p. 127).

A concepção jurídica formalista predomina na jurisprudência dos tribunais pátrios. A judicialização dos direitos sociais é marcada por um modelo que, em demandas individuais, entende possível entregar tudo a todos, com total descontextualização de questões externas ao processo dedutivo. O desiderato de concretizar a norma, reforçando sua eficácia jurídico-normativa no caso concreto, oblitera qualquer ponderação acerca das consequências sobre a fruição igualitária dos direitos sociais ou sobre a justiça social. No universo formalista não há espaço para compreender os custos dos direitos ou para tentativas de conferir alguma racionalidade às escolhas trágicas diversas da racionalidade jurídico-normativa. Há uma pequena abertura, é verdade, para considerações morais sobre a justiça da decisão. Contudo, essa justiça é avaliada sob um viés individualista, que opõe o indivíduo ao Estado corrupto, ineficiente e com um orçamento - supostamente - tão inchado que faz qualquer demanda parecer irrelevante.

O formalismo dogmático parece insuficiente para lidar com a complexidade das demandas por prestações de saúde, pois não permite enxergar as disputas por recursos escassos, não permite compreender as escolhas alocativas trágicas que se escondem por trás dos sujeitos processuais. Ao enxergar a questão financeira como uma questão secundária quando comparada ao direito à vida do pleiteante, o Judiciário aferra-se à reafirmação da eficácia normativa do art. 196, da CR, como se a norma conferisse um direito subjetivo público a toda e qualquer prestação de saúde curativa. Essa posição desconsidera que a

questão financeira e os direitos sociais não são antagônicos. Ao contrário, levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 94)<sup>64</sup>.

Ao adotar como critério único a necessidade individual, o Judiciário se silencia sobre as escolhas disjuntivas que decorrem de um cenário de escassez de recursos e necessidades infinitas. Como observado, escolher por não escolher é também uma escolha, que, contudo, segue um critério aleatório que pode vir a ser profundamente injusto.

Assim, considerando a insuficiência da concepção formalista para lidar com as escolhas trágicas, propõe-se o consequencialismo como um instrumento de interpretação e aplicação do direito objetivo, que se utiliza da ponderação das consequências para encontrar a solução capaz de concretizar o comando normativo da melhor maneira possível. No caso, propõe-se que as decisões judiciais alocativas de recursos escassos sejam avaliadas segundo as suas consequências sobre a equidade em saúde. O enfoque, portanto, é sobre a justiça do modelo de judicialização da saúde, tendo como pressuposto que o gasto social – especialmente o gasto em saúde – tem por objetivo principal atenuar as iniquidades sociais.

Neil MacCormick, ao se debruçar sobre a tomada de decisões e a argumentação jurídica, afirma que há bons motivos para que os juízes examinem e avaliem as consequências de suas decisões<sup>65</sup>. Assim, na resolução de casos complexos, em que não há uma norma expressa ou quando a norma existente for ambígua, é desejável que o intérprete “prossiga pela verificação das decisões propostas à luz de suas consequências” (MACCORMICK, 2009, pp. 192/193). MacCormick, no entanto, não confere um valor absoluto ao consequencialismo. Ao contrário, afirma que boas razões consequencialistas são aquelas que apontam para uma solução compatível com a norma, ainda que não represente a interpretação mais óbvia. O consequencialismo, para MacCormick, deve atuar em compatibilidade com o texto legal, sem autorizar interpretações que ignorem o elemento normativo. Se a interpretação mais óbvia do

---

<sup>64</sup> A incapacidade da interpretação formalista para lidar com as escolhas trágicas também está na obra de Marcus Faro de Castro: “É comum que juristas, diante de situações como as descritas acima, analisem e concluam sobre o caso com base em fins ideais, considerados ínsitos à lei ou à constituição, que exigem o favorecimento das partes percebidas como mais fracas ou vulneráveis. Podem ainda os juristas, para determinar uma solução para o caso, proceder por meio de um tratamento formal da lei e da constituição, que desvia o olhar do julgador para as formas abstratas da lei e para longe dos fatos e possíveis consequências de sua decisão sobre a vida social” (CASTRO, 2009, pp. 19-20).

<sup>65</sup> Interessante ressaltar que MacCormick enxerga a argumentação jurídica como um processo de justificação e não de descoberta da norma. Assim, ao comentar a fundamentação das decisões dos juízes, afirma que “as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que levadas a sério) façam com que eles aparentem ser o que se espera que sejam: em suma, razões que demonstrem que suas decisões garantem a ‘justiça de acordo com a lei’, e que sejam pelo menos nesse sentido razões justificatórias”. (MACCORMICK, 2009, p. 21.)

texto levar a consequências indesejadas, o jurista deve optar pelo significado menos óbvio, desde que represente uma leitura possível do texto, “sem envolver a importação de palavras ou ideias totalmente ausentes do texto escrito da lei” (MACCORMICK, 2009, pp. 269/272). Razões consequencialistas poderiam, portanto, justificar a aplicação do significado menos óbvio, desde que dentro dos limites semânticos do texto legal.

O consequencialismo em Maccormick também se afasta do consequencialismo utilitarista ou do consequencialismo meramente econômico da análise econômica do direito. O autor defende um consequencialismo preocupado com a consistência e coerência do sistema jurídico, o tipo de consequencialismo que, diante de alternativas igualmente válidas, escolheria aquela cujas consequências fossem compatíveis com os valores consagrados pela lei maior.

Em que pese a valorização dada por Maccormick à análise das consequências decorrer de características específicas da *common law*, em que a justificação serve de precedente para outras decisões judiciais, não há como negar que a preocupação consequencialista é plenamente adaptável à nossa realidade, seja pelo protagonismo cada vez maior dos precedentes ou pela característica já abordada do controle judicial de políticas públicas, em que são afetados os direitos e expectativas de inúmeros indivíduos que não participam dos processos judiciais. A proposta de Maccormick, portanto, é compatível com a deste trabalho, que pretende avaliar as consequências redistributivas do modelo de judicialização sobre um sistema de saúde que, segundo a norma constitucional, deve ser universal e igualitário. Ou seja, os limites da análise consequencial e seu referencial são encontrados no postulado da igualdade material e da equidade consagrados pela Constituição e não em concepções individuais e arbitrárias de justiça.

Uma concepção radicalmente consequencialista pode, é verdade, se aproximar perigosamente de posições utilitaristas, cuja característica nuclear é a irrestrita busca pela maximização do bem-estar geral, mesmo quando isso represente o sacrifício de direitos fundamentais das minorias, colocando o indivíduo em posição instrumental aos fins sociais (SARMENTO, 2012, p. 104). Como uma postura puramente teleológica, o consequencialismo utilitarista estaria disposto a sacrificar posições individuais para “produzir um certo estado de coisas previamente avaliado” (GARGARELA, 2008, p. 4).

Há, no entanto, diferenças substanciais entre a abordagem deste trabalho e a concepção jurídico-filosófica utilitarista. Não se propõe a análise das consequências como um meio de submeter direitos individuais a um interesse coletivo de beneficiar um maior número de pessoas. Pelo contrário, o consequencialismo aqui proposto é impregnado por um elemento

moral, cujo referencial é a concretização igualitária do direito fundamental social à saúde. Pretende-se, apenas, superar a concepção formalista, que ao enxergar o direito à saúde como um direito subjetivo público a qualquer prestação de saúde curativa, abre mão de considerar os elementos sociais, políticos e econômicos que transcendem a lide individual, especialmente os impactos dessas decisões sobre a promoção equitativa da saúde e sobre o papel redistributivo do gasto público em saúde. Em outras palavras, a preocupação recai sobre a (in)justiça redistributiva do modelo de judicialização ampla e irrestrita adotado no Brasil.

Percebe-se, portanto, que o consequencialismo, embora costumeiramente associado às percepções utilitaristas, não tem nelas sua única expressão. Nem todo consequencialismo é utilitarista ou enxerga os direitos como instituições puramente instrumentais e sem valores intrínsecos. A preocupação com as consequências está nas obras de John Rawls (RAWLS, 2016) (cf. subcapítulo 2.2), de Amartya Sen<sup>66</sup> (SEN, 1999) e de Ronald Dworkin, que afirma que as considerações sobre as consequências podem ter um lugar importante mesmo nas argumentações daqueles que rejeitam por completo o utilitarismo. Assim, o juiz que, levando em consideração as consequências, julga com base em um argumento de princípios, responderá de forma muito diferente daquele que julga com base em um argumento de política (DWORKIN, 2002, p. 480/483)<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Sobre a resistência em se combinar posições deontológicas com a análise consequencial, Amartya Sen afirma que: “É compreensível que essas dúvidas possam plausivelmente surgir. Contudo, os receios são essencialmente equivocados. Primeiro, eles surgem, em certa medida, da tradição de combinar consequencialismo com “welfarismo”, de modo que não apenas as ações etc. são julgadas segundo a bondade de estados de coisas, mas esta também, por sua vez, é julgada inteiramente segundo as utilidades consequentes. O fato de o utilitarismo incorporar tanto o consequencialismo como o “welfarismo” com frequência tem dificultado dissociar os dois elementos. Porém, é óbvio que eles são elementos distintos e essencialmente independentes.

De fato, se as violações de direitos forem consideradas coisas más e o gozo de direitos for julgado uma coisa boa, o “welfarismo” fica obrigatoriamente comprometido, pois requer que nada além das utilidades possua valor intrínseco. Quando os diferentes elementos do utilitarismo são desmembrados, vê-se que, embora uma teoria moral baseada em direitos não possa coexistir com o “welfarismo” ou com o “*ranking* pela soma” [*sum-ranking*], pode muito bem coexistir com o consequencialismo.

O segundo aspecto a destacar é que seria um erro não dar atenção às consequências mesmo quando se está lidando com objetos intrinsecamente valiosos. O argumento em favor do raciocínio consequencial surge do fato de que as atividades têm consequências. Mesmo atividades que são intrinsecamente valiosas podem ter *outras* consequências. O valor intrínseco de qualquer atividade não é uma razão adequada para menosprezar seu papel instrumental, e a existência de uma importância instrumental não é uma negação do valor intrínseco de uma atividade. Para chegar a uma avaliação global do status ético de uma atividade é necessário não apenas considerar seu valor intrínseco (se ela o possuir), mas também seu papel instrumental e suas consequências sobre outras coisas, isto é, examinar as diversas consequências intrinsecamente valiosas ou desvaliosas que essa atividade pode ter.” (SEN, 1999)

<sup>67</sup> Para Dworkin, as consequências são relevantes para definir qual o direito que deverá prevalecer nos casos difíceis, o que não significa dizer que a decisão que se utilize de considerações

Em conclusão, pretende-se avaliar o modelo de judicialização segundo suas consequências sobre a redistribuição – que se pretende equitativa - das prestações de saúde. Sabe-se que as condições socioeconômicas dos indivíduos se correlacionam com os fatores determinantes de saúde e doença, de modo que compete aos sistemas públicos de saúde atenuar as desigualdades através de um acesso à saúde informado pela busca da equidade. O direito à saúde, especialmente em países marcados pelas clivagens sociais – como é o caso do Brasil – incorpora um objetivo de redução das iniquidades. Isto é, “o Estado, ao implementar políticas socioeconômicas e de saúde, a fim de promover o direito à saúde, deve pretender reduzir as iniquidades em saúde entre os cidadãos” (FERRAZ, 2011a, p. 86)<sup>68</sup>. Dessa forma, o impacto social da judicialização deve ser avaliado sob esta premissa, o que justifica a pergunta acerca das suas consequências redistributivas, tendo por parâmetro a promoção equitativa da saúde. Segundo a hipótese colocada, um modelo de judicialização que, na disputa pelos bens escassos, privilegia os que têm melhor acesso à justiça em detrimento dos demais, pode vir a causar consequências deletérias sobre a fruição igualitária do direito à saúde.

Antes da avaliação da judicialização, contudo, mostra-se necessária uma melhor compreensão das políticas públicas como meio de concretização de direitos sociais, o que se dá em um contexto de alocação de recursos escassos. Esse será o objeto do primeiro item do próximo capítulo. Em seguida, serão abordados o financiamento das políticas de saúde, o papel distributivo do gasto público em saúde, os determinantes de saúde e doença e suas relações com as desigualdades socioeconômicas, as relações entre desigualdade e acesso à justiça e, por fim, as consequências redistributivas da judicialização.

---

consequencialistas seja uma decisão baseada em argumentos de política. A parte que tem o seu direito reconhecido judicialmente o tem com base em um raciocínio consequencialista do juiz que busca a resposta correta nos princípios compartilhados pela comunidade a que pertence. Em outras palavras, a argumentação consequencialista não torna a decisão discricionária ou transforma a fundamentação em um argumento de política. Pelo contrário, o consequencialismo é plenamente compatível com a postura daquele que busca a única resposta correta. Dworkin afirma que: “a maior parte dos juizes irá pensar que, mesmo quando os direitos morais e políticos estão em jogo, os argumentos consequencialistas têm um papel a desempenhar nas definições das dimensões desses direitos. Eles podem, contudo, defender uma grande variedade de teorias diferentes sobre o papel que as considerações consequencialistas podem apropriadamente desempenhar.” (DWORKIN, 2002, p. 480).

<sup>68</sup> Tradução livre.

### **Capítulo III – Desigualdades Socioeconômicas no Brasil, Acesso à Saúde, Acesso à Justiça, e Consequências Redistributivas da Judicialização**

Políticas públicas são o instrumento pelo qual o Estado Social busca implementar condições de existência minimamente dignas para seus cidadãos. Pela entrega de prestações materiais de saúde, educação, assistência social, previdência social etc., pretende-se realizar arranjos sociais materialmente mais igualitários, atenuando as severas desigualdades socioeconômicas que excluem amplos setores da sociedade da cidadania.

No planejamento e execução dessas políticas públicas são enfrentados inexoráveis conflitos distributivos que, no caso do direito à saúde, devem ser orientados pelos princípios da equidade e da universalidade. Desde o financiamento até a entrega das prestações de saúde, o sistema lida com escolhas alocativas cujas consequências devem ser avaliadas segundo sua equidade distributiva.

Em países marcados pela intensidade das clivagens sociais, como é o caso do Brasil, o sistema de saúde possui uma importante função de proporcionar aos indivíduos mais desfavorecidos acesso a prestações de saúde que compensem as iniquidades impostas pelos fatores sociais determinantes de saúde e doença. E, de fato, verifica-se que, apesar de seu subfinanciamento, o SUS exerce o importante papel de atenuar as consequências das desigualdades determinadas pelos arranjos econômicos e sociais, estas agravadas por uma matriz tributária perversamente regressiva.

Compreendida a judicialização como uma via de acesso aos serviços de saúde, cabe investigar suas consequências redistributivas. Isto é, quais as consequências do modelo de judicialização ampla e irrestrita, que entende possível entregar tudo a todos, sobre a equidade no acesso ao sistema de saúde? Da investigação realizada, foram encontradas evidências empíricas significativas de que, ao adotar critérios irracionais e inconscientes para alocar as prestações de saúde, o Poder Judiciário tende a beneficiar estratos mais favorecidos da pirâmide social, causando consequências deletérias para a equidade do sistema de saúde e falhando na missão de promover uma inclusão igualitária e generalizante na esfera de exercício da cidadania.

Se, de um lado, fatores socioeconômicos atuam sobre as condições de saúde dos indivíduos; de outro, influenciam também os padrões de respostas aos conflitos vivenciados ao longo da vida. Indivíduos mais pobres e menos escolarizados tendem a não identificar seus conflitos como questões judicializáveis e, portanto, acionam em significativo menor grau o Poder Judiciário quando têm seus direitos desrespeitados. Como resultado, aqueles já lesados

pelos fatores determinantes de saúde e doença são preteridos na disputa pelos recursos escassos do sistema de saúde que é instaurada no Poder Judiciário. São robustas as evidências de que a judicialização opera uma inversão na lógica do princípio da equidade, transferindo recursos que seriam destinados a programas e políticas dirigidas especialmente à população mais carente para a dispensação de medicamentos de alto custo que, ao que tudo indica, favorece preferencialmente os estratos intermediários e finais da renda.

### **3.1. As políticas públicas como instrumento de concretização de direitos sociais**

O advento de uma sociedade urbana e industrializada, fundada sobre as bases econômicas do capitalismo e políticas do Estado Moderno, intensificou a divisão do trabalho, possibilitou a organização de classes de trabalhadores em partidos e sindicatos, provocou a expansão de mercados e a acumulação da riqueza e promoveu a superação das associações e organizações tradicionais de seguridade social como a família. Na segunda metade do século XIX, proliferava o ideário igualitário, que, no entanto, contrastava com as condições de profunda desigualdade socioeconômica que condenava amplos setores da sociedade à exclusão da esfera de cidadania. As reivindicações dos movimentos sociais nesse momento histórico, “que expressavam a contradição entre uma comunidade igual abstrata e uma condição real de exclusão, foram fundamentais para a consolidação da cidadania por meio das lutas que levaram ao desenvolvimento dos sistemas de proteção social” (FLEURY; OUVÉNEY, 2014, p. 29).

Esse movimento passou a exigir uma atuação coletiva e solidária, institucionalizada através do Estado Moderno e dirigida a atenuar a desigualdade e a precariedade das condições de existência dos trabalhadores urbanos. A proteção social organizada pelo Estado, orientada a promover arranjos sociais materialmente igualitários, se estabeleceu a partir da instituição de sistemas redistributivos de proteção à saúde, educação, previdência e assistência social. O surgimento do *welfare state*, portanto, é uma consequência do processo de industrialização e desenvolvimento das sociedades urbanas e capitalistas, na medida em que é justificado pela responsabilidade da coletividade em atenuar, através de políticas sociais distributivas, as características destrutivas da modernização (FLEURY; OUVÉNEY, 2014, pp. 29-30)<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Embora os movimentos sociais tenham sido deflagrados ainda na segunda metade do século XIX, apenas no início do século XX iniciou-se o reconhecimento normativo-constitucional dos direitos

No contexto do Estado Social Democrático de Direito o exercício da cidadania pressupõe a titularidade de direitos civis, políticos e sociais. A cidadania não deve ser enxergada apenas pelo viés formal, como se dependesse apenas de abstenções estatais. O direito de participar da vida política é, antes de tudo, um direito de participação igualitária. Assim, a cidadania pressupõe “o direito de exigir do Estado prestações asseguradoras de condições sociais que propiciem a igualdade substancial entre os cidadãos, somada àquela igualdade formal antes já proclamada e assegurada” (PASSOS, 2006, p. 08). Não há participação igualitária na esfera pública sem a devida inclusão na cidadania, compreendida como a fruição de direitos sociais que garantam ao indivíduo não apenas a sua sobrevivência, mas também a sua dignidade.

Assim, o estágio de subdesenvolvimento dos países periféricos, marcado pela desigualdade, pela exclusão e pela inefetividade dos direitos sociais, reclama das instituições a direção e coordenação das ações e meios voltados a superar o atraso e a realizar a inclusão social, isto é, concretizar o Estado Social constitucionalmente instituído. No tocante às funções de organização e alocação dos meios públicos, direção e execução da Administração Pública e coordenação e planejamento da ação coletiva, exige-se do governo um planejamento estratégico, “num prazo longo o suficiente para realizar os objetivos, mas para um horizonte temporal breve, na medida necessária a que não se perca a credibilidade no processo” (BUCCI, 2013, p. 28). Essa agenda exige uma compreensão adequada acerca da formulação e execução das políticas públicas a partir do domínio técnico dos mecanismos postos à disposição do Estado para a consecução de seus objetivos. Necessário, assim, compreender “os modos pelos quais se dá a conversão do impulso político em ação governamental, exposta à participação e ao contraditório social e à incidência das normas e controles de maneira geral” (BUCCI, 2013, p. 30). A superação do subdesenvolvimento, portanto, passa pela realização de políticas públicas que sejam capazes de dismantelar as estruturas da desigualdade.

As políticas públicas são o meio através do qual o Estado concretiza os direitos sociais; englobam toda atividade de planejamento, execução, coordenação, normatização, avaliação e fiscalização realizada pelo Poder Público em prol do desenvolvimento econômico, cultural, social, político etc., tendo como objetivo final a garantia de condições humanas dignas aos cidadãos (OHLWEILER, 2010, p. 294). São o instrumento através do qual as

---

sociais, com o advento das Constituições de Weimar (1919) e do México (1917). A resposta do constitucionalismo liberal às desigualdades sociais impostas pela industrialização foi tardia, apenas no segundo pós-guerra o Estado Social se consolidou como um movimento no constitucionalismo global.

escolhas político-governamentais, orientadas pelos valores e direitos constitucionalmente impostos, se realizam. Em última análise, a ação governamental por meio das políticas públicas pode garantir aos cidadãos, especialmente àqueles menos favorecidos e que por isso não podem adquirir as prestações sociais no mercado, a inclusão na esfera de exercício da cidadania.

No que toca ao direito à saúde, as políticas públicas têm por função traduzir a orientação política estatal em prol do interesse público, coordenando atores e alocando recursos em programas, projetos, medidas e procedimentos destinados a entregar prestações de saúde curativa e preventiva aos usuários do Sistema Único de Saúde (VIANA; BAPTISTA, 2014, p. 61)<sup>70</sup>. As políticas de saúde definem prioridades, determinam a alocação de recursos e estabelecem as ações e estratégias governamentais a serem adotadas em resposta às necessidades de saúde da população (FLEURY; OUVÉRY, 2014, p. 38). Seu objetivo final é, dessa forma, promover, através das ações e serviços de saúde, a melhoria da qualidade de vida da população, concretizando o comando constitucional que estabelece a saúde como um direito subjetivo público, 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 (CR, art. 196).

O viés alocativo das políticas de saúde as coloca no grupo das políticas redistributivas, que segundo classificação de Theodor Lowi, apresentada por Celina Souza, são as que atingem “o maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuros para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento” (SOUZA, 2006, p. 28).

---

<sup>70</sup> O SUS engloba não apenas as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde através de ações assistenciais e preventivas. Estão incluídas no seu campo de ação, ainda: I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados (Lei n.º 8.080/90, artigos 5º e 6º).

São de difícil encaminhamento porque, ao definir prioridades, objetivos e metas, agentes políticos e a burocracia estatal alocam recursos financeiros que são inexoravelmente escassos. Portanto, envolvem a realização de escolhas disjuntivas que definirão quais demandas, dentre uma infinidade de interesses divergentes, serão atendidas e quais serão postergadas ou rejeitadas. Maria Paula Dallari Bucci ressalta que as políticas públicas constituem uma ação governamental processualmente estruturada, isto é, que “resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados” (BUCCI, 2013, p. 108). Sendo o aparelho estatal o espaço em que se resolvem conflitos sociais, no âmbito desses processos são realizadas “decisões estatais [que] implicam escolhas e, portanto, a existência de interesses contemplados e outros preteridos” (BUCCI, 2013, p. 115).

Segundo Celina de Souza, o pressuposto analítico sobre o qual se consolidou o estudo sobre as políticas públicas, enquanto ramo da ciência política, foi o de que “aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes” (SOUZA, 2006, p. 22). A análise das políticas públicas pressupõe a avaliação das consequências desses conflitos alocativos, tendo por parâmetro os objetivos inicialmente estabelecidos e o direito constitucional em questão, o direito universal e igualitário à saúde. Dessa maneira, o processo de alocação de recursos dentro do SUS envolve perguntas do tipo: “como esses recursos são distribuídos no interior do sistema? Quem paga os serviços? Como são pagos os hospitais? E os médicos?” (LOBATO, GIOVANELLA, 2014, p. 89). A alocação de recursos em saúde pressupõe *trade offs* que devem ser avaliados segundo a sua equidade distributiva, compreendida como a justa distribuição dos recursos segundo as necessidades dos indivíduos, estas determinadas por fatores biológicos e socioeconômicos (UGÁ; PORTO; PIOLA, 2014, p. 418).

Considerando o problema enfrentado neste trabalho, ganham relevo as perguntas: quem são os destinatários das prestações de saúde? E quem as financia? O ideal de proteção igualitária do direito à saúde impõe reflexão sobre aqueles a quem se adjudica as prestações estatais, e, mais importante, se são esses os indivíduos que, em razão da situação de desigualdade social em que se encontram, mais necessitam das redes de proteção da seguridade social. Significa dizer, as políticas públicas atuam na promoção da equidade ou reforçam os códigos de inclusão-exclusão da esfera da cidadania? A justiça da distribuição desses recursos será avaliada ao longo deste capítulo, quando serão cotejados dados sobre a equidade do financiamento e do gasto público em saúde, as determinantes de saúde e doença, as desigualdades socioeconômicas e o acesso à justiça. Sabe-se que as condições de saúde dos indivíduos são diretamente influenciadas pelos padrões de desigualdade social, de modo que

indivíduos de grupos sociais desfavorecidos têm maior risco de adoecer e de morrer. Assim, competiria aos sistemas de saúde, atuando em prol da igualdade de acesso aos serviços de saúde, atenuar as desigualdades nas condições de saúde (TRAVASSOS; CASTRO, 2014, p. 184). Portanto, compreendida a judicialização como um meio de acesso aos serviços de saúde, justifica-se a pergunta que norteia este trabalho.

Mas para avaliar, sob um viés suficientemente abrangente, a justiça da política de saúde e, conseqüentemente, da sua judicialização, é necessário compreender também o seu financiamento, ponto que será abordado em seguida, a partir do marco teórico formulado por Valcir Gassen: a *matriz tributária brasileira*. Aqui, o foco recai sobre a justiça e a equidade da tributação no Brasil, as perguntas a serem respondidas são: os custos de financiamento da saúde recaem sobre aqueles com maior capacidade contributiva? Os gastos com saúde atendem as pessoas com menor capacidade contributiva? Ou seja, a tributação, tanto no custeio quanto no gasto, é compatível com o ideal de equidade?

### **3.2. O financiamento dos serviços de saúde: escolhas da matriz tributária brasileira**

A saúde pública no Brasil é estruturada em um sistema único (SUS) organizado de forma regionalizada e hierarquizada, e que concentra as ações e serviços de saúde de todos os entes federados. De acordo com a Constituição, a saúde é um direito subjetivo público que, ao contrário do que ocorre na maioria dos países, independe da participação do indivíduo em um sistema – ainda que público – de seguro de saúde.

As despesas do SUS são financiadas pelos fundos de saúde de cada um desses entes (Lei Complementar n.º 141/12, arts. 2º e 3º), que, por sua vez, são alimentados por recursos próprios e transferências obrigatórias e voluntárias. Sendo o Estado brasileiro um Estado Fiscal<sup>71</sup>, isto é, que obtém suas receitas primordialmente por meio da tributação, tem-se que os impostos e contribuições são os instrumentos pelos quais se obtém, junto ao corpo social, o financiamento das ações e serviços de saúde<sup>72</sup>. É o exercício da competência tributária que assegura aos entes federados a autonomia financeira necessária ao cumprimento da obrigação, constitucionalmente imposta, de prestar o serviço de saúde pública (CR, art. 23, II).

<sup>71</sup> O exercício da atividade empresarial pelo Estado é excepcional, possível apenas nos casos em que necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (CR, art. 173).

<sup>72</sup> O orçamento da saúde integra o orçamento da seguridade social, cujas fontes de receita estão previstas no art. 195, da Constituição.

O dispêndio público em saúde deve ser avaliado sob o ponto de vista da equidade fiscal, que deve ser compreendida sob os aspectos da tributação e do gasto público (SANTOS, 2016, p. 192). A justiça na tributação é, portanto, um elemento essencial para a avaliação da equidade no sistema de saúde, sendo este o ponto que será abordado neste item, a partir do referencial teórico da *matriz tributária brasileira* (GASSEN, 2016). A equidade do gasto público, especialmente do gasto com medicamentos, será aprofundada mais adiante, com ênfase nas consequências da judicialização sobre o direcionamento de recursos para as camadas mais favorecidas da população.

Valcir Gassen, após constatar a insuficiência semântica da expressão *sistema tributário nacional*, sustenta a adoção da expressão *matriz tributária brasileira*, que deve ser compreendida como “o resultado das escolhas feitas em um determinado momento histórico no campo da ação social no que diz respeito ao fenômeno tributário” (GASSEN, 2016, p. 4). Segundo Valcir, os estudos realizados sobre o sistema tributário pecam por separar o fenômeno da tributação da realidade econômica e social brasileira, caindo nas limitações do dogmatismo e do formalismo jurídico que pretendem entendê-lo a partir de suas relações com categorias jurídicas descoladas das “questões correlacionadas e umbilicalmente ligadas ao fenômeno tributário”. Assim, pensar o fenômeno tributário impõe a reflexão sobre suas relações com “a realidade política, econômica e social existente em um determinado Estado” (GASSEN, 2016, pp. 3-5).

Uma das questões essenciais para a compreensão da tributação, embora pouco explorada pelos tributaristas, é o gasto público. Valcir argumenta que, por serem as receitas tributárias as mais relevantes para o financiamento das ações e serviços estatais, não se justifica a ausência de relação entre a carga tributária e o orçamento público. Também não são suficientemente exploradas, no âmbito do sistema tributário, as relações entre o fenômeno tributário e o escopo do Estado Social instituído pela Constituição de 1988, que pressupõe a atuação pró-ativa do Estado em busca da igualdade material e da justiça social (GASSEN, 2016, pp. 3-4). A delimitação do objeto deste trabalho, percebe-se, atende à crítica colocada pelo Autor, na medida em que abrange tanto as escolhas realizadas no campo da tributação quanto no campo do gasto público em saúde, tendo sempre como parâmetro o princípio da equidade.

Mas o estudo da matriz tributária depende também da adequada compreensão de três pressupostos históricos e epistêmicos, a saber: i) a compreensão do processo histórico de cisão entre Estado e propriedade; ii) a compreensão da propriedade como direito em um

contexto pós-tributação; iii) a compreensão da legitimidade como mecanismo essencial em processos de dominação.

Até o advento das revoluções (industrial) inglesa e (política) francesa, não se identificava a separação entre Estado e propriedade. Esses dois processos históricos, no entanto, proporcionaram o rompimento com o modelo feudal da idade média, em que preponderavam as relações de servidão entre os trabalhadores rurais e àqueles (aristocracia fundiária feudal) que possuíam direitos feudais sobre a terra. A terra foi transformada em mercadoria e inserida no processo produtivo privado; a população rural foi deslocada para o trabalho urbano assalariado. A identificação entre Estado e propriedade, a compreensão de que tudo e todos pertenciam a quem detinha o poder, foi rompida para dar lugar à propriedade privada no contexto de reconhecimento dos direitos liberais clássicos. Com isso, a manutenção e financiamento do Estado passaram a depender da apropriação de parcela da propriedade privada de seus cidadãos, por meio da atividade tributária (GASSEN, 2016, pp. 5-8).

A propriedade também deve ser entendida como um direito pós-tributação, no sentido de que é fruto de um sistema jurídico convencional que a estrutura, a define e a protege. Sendo a propriedade um direito convencional, deve-se enxergar a matriz tributária não como uma ameaça à sua titularidade, mas sim como um dos elementos que ajudam a definir os contornos “do sistema de direitos da propriedade, pois estes só são possíveis pela existência de um sistema tributário, no caso, de uma matriz tributária que o garanta” (GASSEN, 2016, p.10). Dessa forma, “o direito de propriedade não é o início da discussão da matriz tributária, mas a sua consequência. Entende-se assim que o direito de propriedade do contribuinte é uma situação pós-tributação, que foi moldada pela tributação” (GASSEN, 2016, p. 10)<sup>73</sup>.

O terceiro e último pressuposto cognitivo da matriz tributária refere-se à extrafiscalidade dos tributos como um dos elementos legitimadores de poder. Às discussões acerca da legitimidade da atividade tributária do Estado sob sua perspectiva fiscal – apropriação do patrimônio alheio para manter-se economicamente – devem aliar-se as discussões sobre a sua legitimidade sob a perspectiva extrafiscal. Isto é, a legitimidade do

---

<sup>73</sup>A posição de Valcir Gassen, no sentido de que a propriedade é fruto de um arranjo jurídico-institucional criado e mantido pelo Estado Liberal converge com a posição adotada nas obras de Holmes e Sunstein (1999) e Liam Murphy e Thomas Nagel (2005). A garantia de proteção da propriedade privada depende da alocação de recursos orçamentários obtidos pela via da tributação, de modo que não faria sentido, segundo essa perspectiva, falar em uma propriedade pré-estatal ou pré-tributária (cf. item 2.1).

poder de tributar depende também da legitimidade da intervenção que o Estado realiza, através da tributação, na ordem econômica e social (GASSEN, 2016, pp. 12-13).

Assim, a tributação deve ser enxergada não apenas como um meio de obtenção de receitas, mas também como um eficaz instrumento de realização do escopo do Estado Social. Uma política fiscal pautada na capacidade contributiva e na progressividade intervém positivamente sobre a redistribuição do rendimento e da riqueza e funciona como “incentivo ao desenvolvimento de uma atividade econômica amparada pelo interesse público” (GASSEN; BICALHO, 2016, pp. 50-53). A análise sob a perspectiva extrafiscal da tributação pressupõe avaliar a finalidade redistributiva dos tributos, sobretudo do impacto do fenômeno tributário sobre as desigualdades interindividuais. A tributação progressiva, voltada a combater as desigualdades socioeconômicas pela maior oneração dos mais ricos em relação aos mais pobres, promove justiça social e contribui para a realização de uma sociedade mais igualitária. Ao intervir na concentração de riquezas, a tributação progressiva redistribui recursos obtidos junto aos mais ricos em forma de serviços públicos voltados à fruição de direitos fundamentais pelo mais pobres (LEAL, 2016, pp. 78-87).

A ideia de que a tributação é um instrumento eficaz para atenuar a desigualdade de renda é nuclear na obra de Thomas Piketty:

O imposto não é uma questão apenas técnica, mas eminentemente política e filosófica, e sem dúvida a mais importante de todas. Sem impostos, a sociedade não pode ter um destino comum e a ação coletiva é impossível. Sempre foi assim.

(...) seria equivocado concluir que a progressividade fiscal desempenha apenas um papel limitado na redistribuição moderna. Antes de tudo, mesmo se arrecadação mundial for próxima da proporcionalidade para a maioria da população, o fato de a taxa se elevar bastante – ou, ao contrário, diminuir nitidamente – para as rendas ou os patrimônios mais elevados pode ter um impacto dinâmico considerável para a estrutura agregada da desigualdade. Em especial, tudo parece indicar que a progressividade fiscal no topo da hierarquia das rendas e das heranças explica em parte porque a concentração dos patrimônios, depois dos choques dos anos 1914-1945, nunca mais atingiu seu nível astronômico da Belle Époque.” (PIKETTY, 2014, pp. 480-482)

Na mesma linha de pensamento, Joseph Stiglitz ressalta que a iniquidade não é apenas moldada pela escassez e pelas leis do mercado, mas também pelo Estado, cuja função é definir as regras do jogo. Para Stiglitz, o Estado redefine a distribuição da renda que advém do mercado através da tributação e do gasto social, de modo que a tributação progressiva é capaz de limitar a extensão da desigualdade (STIGLITZ, 2013, pp. 38-39). Portanto, a avaliação do financiamento do sistema público de saúde não pode se dissociar do estudo do impacto da tributação sobre as desigualdades socioeconômicas, o que justifica a abordagem que busca seu referencial teórico na matriz tributária brasileira. A adoção da matriz tributária como referencial teórico exige maior atenção sobre as relações entre o fenômeno tributário e a realidade social, econômica e política. Essa posição torna natural a reflexão sobre aqueles que financiam o Estado Brasileiro, especificamente, considerando o objeto da pesquisa, as ações e serviços de saúde.

Segundo o art. 198, §1º da Constituição, o SUS é mantido com recursos do orçamento da seguridade social dos três níveis da federação. A seguridade social<sup>74</sup> é financiada por recursos dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e pelas contribuições sociais, de competência da União: i) sobre a receita ou faturamento (PIS e COFINS); ii) sobre o lucro (CSLL); iii) sobre a receita de concursos de prognósticos e; iv) do importador de bens ou serviços do exterior (CR, art. 195)<sup>75</sup>.

Em relação ao gasto mínimo da União, com o advento da E.C. n.º 95/16, que instituiu o *novo regime fiscal*, estipulou-se que os gastos com saúde devem alcançar 15% da receita corrente líquida<sup>76</sup> em 2017 para, a partir daí, serem reajustados pelo IPCA (ADCT, art. 110) (cf. subcapítulo 1.2).

<sup>74</sup> A seguridade social engloba a assistência social, a previdência social e a saúde (CR, art. 194).

<sup>75</sup> Excluiu-se do rol as contribuições previstas no art. 195, I, “a” e II, uma vez que se destinam exclusivamente ao custeio dos benefícios do regime geral de previdência social (CR, art. 167, XI).

<sup>76</sup> Segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

(...)

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na [alínea a do inciso I](#) e no [inciso II do art. 195](#), e no [art. 239 da Constituição](#);

b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e

Para os Estados e Distrito Federal, estipula a Lei Complementar n.º 141/12 que deverão ser aplicados pelo menos 12% (i) do produto da arrecadação dos impostos de sua competência, (ii) da arrecadação do imposto de renda sobre rendimentos pagos por eles, suas autarquias e fundações e (iii) das parcelas da arrecadação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados que lhes são destinadas pelo art. 159, I, “a” e II da Constituição (L.C. n.º 141/12, art. 6º) . Já para os Municípios é determinada a aplicação mínima de 15% das receitas (i) de seus impostos, (ii) da arrecadação do imposto de renda sobre rendimentos pagos por eles, suas autarquias e fundações e (iii) das parcelas da arrecadação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados que lhes são destinadas pelo art. 159, I, “b” e §3º da Constituição (L.C. n.º 141/12, art. 7º).

Embora o art. 195 da CR/88 institua, como principal fonte de financiamento da seguridade social, contribuições que recaem sobre o lucro e a receita das pessoas jurídicas, não é correto afirmar que são essas as principais fontes de financiamento da saúde no Brasil. Em primeiro lugar, mesmo em relação ao orçamento federal da seguridade social, tem-se que as contribuições sociais são responsáveis por valores que variam em torno de 80%, sendo o restante financiado por outras receitas derivadas, principalmente as obtidas com a arrecadação de impostos. Em segundo lugar, a partir da E.C. 29/00 ocorreu um aumento significativo da participação dos estados e municípios no financiamento da saúde pública, de modo que de 2005 em diante os entes subnacionais passaram a responder pela maior parte do financiamento do SUS (IPEA, 2013, pp. 11-14)<sup>77</sup> <sup>78</sup>. Sendo os impostos sobre o consumo de bens e serviços (ICMS e ISS) a maior fonte de receita desses entes, é de se concluir ser essa a principal fonte de financiamento da saúde no Brasil.

---

as receitas provenientes da compensação financeira citada no [§ 9º do art. 201 da Constituição](#).

<sup>77</sup> Agrava esse cenário a desvinculação de receitas perpetrada pelo art. 76, do ADCT (E.C. n.º 93/16), que permite a desvinculação de até 30% da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, liberando esses recursos para aplicação em outras áreas. Essa escolha revela, segundo Ricart dos Santos, “*uma primazia ao pagamento da dívida pública em nosso ordenamento jurídico, inclusive na elaboração do texto constitucional*” (SANTOS, 2016, p. 109). Apenas no período compreendido entre 2005 e 2015 a desvinculação representou uma retirada de quase 190 bilhões de reais da seguridade social (ANFIP, 2016, p. 37).

<sup>78</sup> Também merece destaque o fato de que as ações e serviços de saúde disputam espaço dentro do orçamento da seguridade social com os benefícios previdenciários e com a assistência social. Os benefícios previdenciários, estipulados por lei e protegidos pela garantia do direito adquirido, consomem a maior parte do orçamento setorial (ANFIP, 2016, p. 29). Também como consequência dessa disputa, tem-se o subfinanciamento da saúde pública, cujo orçamento gira em torno de 3,9% do PIB (ANFIP, 2016, p. 94), montante que é bem inferior ao de outros países com sistema universal de saúde.

Sabe-se, contudo, que a matriz tributária que tem no consumo a sua principal base de incidência vai de encontro ao ideal de justiça social estabelecido pela Constituição (CR, art. 3º, I, art. 170, *caput* e art. 193).

A regressividade e, portanto, a injustiça redistributiva por trás de uma matriz tributária baseada na tributação sobre o consumo, não é difícil de ser enxergada. Os tributos que incidem sobre o consumo caracterizam-se por serem indiretos, seu ônus econômico-financeiro, incorporado no preço dos bens e serviços colocados no mercado, recai sobre os consumidores (contribuintes de fato) e não sobre os agentes econômicos responsáveis pelo recolhimento ao fisco (contribuintes de direito). Por sua vez, a renda das famílias mais pobres se destina, quase que exclusivamente, ao consumo de bens e serviços básicos, essenciais à sua sobrevivência, cujos preços abarcam o custo dos tributos sobre o consumo<sup>79</sup>. Ao contrário, as famílias mais ricas destinam parcela significativa de sua renda à aquisição de patrimônio imobiliário e investimentos financeiros, que são tributados com alíquotas comparativamente mais baixas ou sequer são tributados, como é o caso da distribuição de lucros e dividendos das pessoas jurídicas. A isenção da renda decorrente da distribuição de lucros e dividendos foi fruto de uma escolha política adotada em 1996 pelo governo FHC como parte de um modelo concebido por acadêmicos e *policymakers* dos Estados Unidos e da Europa, que traduzia “um certo clamor teórico e ideológico por menor oneração do capital e dos mais ricos, baseados na suposta ineficiência econômica da tributação sobre esta elite” (IPEA, 2018, pp. 7-8). À época, a agenda de reformas fiscais do governo baseava-se na ideia de que não caberia à política tributária os objetivos redistributivos. O gasto público, voltado à transferência de renda e à prestação de serviços públicos aos mais pobres, seria o único responsável por intervir na desigualdade econômica. Após três décadas em que a concentração de renda aumentou significativamente no Brasil e no mundo, e em que apenas três países – periféricos e mais suscetíveis, portanto, ao ideário neoliberal - apostaram na desoneração do capital (Brasil, Estônia e Romênia), a reflexão acadêmica avançou e passou a questionar a menor progressividade fiscal e a desoneração da renda do capital. De acordo com o IPEA:

“Tanto economistas da nova geração, como Piketty e Emmanuel Saez, quanto da velha guarda, como Peter Diamond, têm se dedicado a demonstrar, por meio de um arcabouço estritamente neoclássico, mas

---

<sup>79</sup>Em média, 13,1% da composição dos preços dos itens da cesta básica são tributos (HIGGINS; PEREIRA, 2013, p. 8). Mas os mais pobres também arcam com os tributos incidentes sobre os serviços de energia elétrica, comunicação e informação, transporte coletivo etc.

baseado em hipóteses e pressupostos mais realistas, que uma política tributária ótima (no sentido de maximizar o bem-estar social) pode passar por um desenho no qual não só haja espaço para a progressividade tributária e a tributação do capital, como em doses superiores a que temos na atualidade. Pode-se discordar ou não desses modelos, apontar falhas ou lacunas, mas o debate está novamente aberto e produzindo reposicionamentos significativos.” (IPEA, 2018, p. 9)

Soma-se ao cenário de desoneração das rendas do capital o fato de que os tributos sobre o consumo, na maioria dos casos, não possuem alíquotas progressivas. Isto é, independentemente da classe social, todos arcam com as mesmas alíquotas. O valor do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS) pago por uma família de baixa renda ao adquirir gêneros alimentícios básicos é o mesmo pago por uma família de milionários, por exemplo.

A carga tributária brasileira gira em torno de 33% do PIB, número próximo a média dos países da OCDE. A composição dessa carga é de 8,1% de tributos sobre a renda e propriedade, 9,6% de tributos sobre a folha de pagamentos (incluindo as contribuições sociais) e 15,7% de impostos sobre o consumo de bens e serviços (IPEA, 2016, p. 7)<sup>80</sup>. Como consequência de uma incidência tributária baseada no consumo, tem-se que as famílias com renda de até dois salários mínimos assumem uma carga tributária que corresponde a 53,9% de seus rendimentos, enquanto nas famílias com renda superior a trinta salários mínimos esse percentual é de 29% (IPEA, 2009, p. 4)<sup>81 82</sup>.

---

<sup>80</sup> Dentre os países membros e aliados da OCDE, apenas no Brasil, Turquia e Chile a carga de tributos indiretos supera a dos diretos (OXFAM BRASIL, 2018, p. 37).

<sup>81</sup> Mesmo entre os tributos diretos, como é o caso do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas, a progressividade é limitada. Conforme ressaltam Sérgio Gobetti e Rodrigo Orair: “Outro dado que chama a atenção, embora seja consequência direta do tratamento tributário dado às rendas do capital no Brasil, que, à exceção dos aluguéis, não integram a base de cálculo do imposto de renda das pessoas físicas (por serem isentos ou tributados exclusivamente na fonte), é que o volume de imposto devido pelos ricos em proporção de suas rendas decai à medida em que subimos os degraus da pirâmide. Nas faixas de renda mais baixas, até cinco salários mínimos, a proporção da renda devida em imposto é próxima de zero, mas nas faixas de renda seguintes ela cresce progressivamente e atinge seu pico entre 20 e 40 salários mínimos, quando volta a cair progressivamente. Revelando um caráter truncado da progressividade do nosso imposto de renda. O imposto é progressivo até a faixa de renda entre 20 e 40 salários-mínimos e a partir daí passa a ser claramente regressivo e contribui com o elevado grau de desigualdade da distribuição” GOBETTI; ORAIR, 2016, p. 15).

<sup>82</sup> Além de injusta, a tributação focalizada em impostos indiretos é mais sensível a crises econômicas, que diminuem, pelo atraso, evasão ou redução no recolhimento, as receitas estatais e, por conseguinte, o gasto social, penalizando ainda mais os mais pobres (OXFAM BRASIL, 2018, p. 37).

A matriz tributária brasileira é excessivamente regressiva, penaliza os mais pobres e favorece os mais ricos. Ao recair mais intensamente sobre os que menos podem contribuir com a manutenção do Estado, faz tábula rasa do princípio da capacidade contributiva e dos valores de justiça social e solidariedade (CR, art. 145, §1º, art. 3º, I, art. 170, *caput* e art. 193). A regressividade do financiamento do Estado Social e, portanto, da saúde pública, torna ainda mais importante a reflexão acerca da função redistributiva do gasto público, que será abordada a seguir. Afinal, espera-se que o gasto social atenuar a injustiça causada pela regressividade da matriz tributária.

### 3.3. O gasto público em saúde e seu papel redistributivo

Há um consenso entre aqueles que se dedicam a estudar o SUS: a saúde pública no Brasil é subfinanciada. Dos 33,4% do PIB que são recolhidos a título de tributos, apenas 3,9% são destinados ao seu financiamento<sup>83</sup>, o que resulta em um gasto *per capita* de R\$ 1.131,94 (mil, cento e trinta e um reais e noventa e quatro centavos)<sup>84</sup>. O número é bem inferior aos de países com sistemas públicos universais de saúde<sup>85</sup> e é considerado inadequado pela Organização Mundial da Saúde (SANTOS, 2016, p. 30). Também é inferior ao gasto *per capita* de outros países da América Latina que sequer possuem sistemas públicos universais e gratuitos, como Uruguai, Chile, Panamá e Argentina<sup>86</sup>.

Outro dado que evidencia o subfinanciamento da saúde pública é a sua relação com o gasto privado, este comparativamente maior: corresponde a 5,2% do PIB<sup>87</sup> e atinge

<sup>83</sup> O percentual é fornecido pelo IBGE e pela Organização Mundial da Saúde, referente ao ano de 2015. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18915-conta-satelite-de-saude-release> e <http://apps.who.int/nha/database/ViewData/Indicators/en>. Acesso em 23/10/2018.

<sup>84</sup> Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18915-conta-satelite-de-saude-release>. Acesso em 23/10/2018.

<sup>85</sup> Dentre os países com sistema universal de saúde, o Brasil é o com menor percentual de gasto público/PIB e mais baixo gasto público *per capita* anual. No Canadá o percentual de gasto público/PIB é de 8%, e o gasto público *per capita* é de US\$ 3.274,00; na França 10% e US\$ 3.534,00; na Suécia 9% e US\$ 4.769,00; no Reino Unido 8% e US\$ 3.175,00; na Austrália 6% e US\$ 3.417,00 e; em Cuba 11% e US\$ 870,00. Disponível em <http://apps.who.int/nha/database/Select/Indicators/en>. Acesso em 05/12/2018.

<sup>86</sup> Disponível em <http://apps.who.int/nha/database/Select/Indicators/en>

<sup>87</sup> Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18915-conta-satelite-de-saude-release>. Acesso em 23/10/2018.

apenas 23% da população (SALDIVA; VERAS, 2018, p. 51)<sup>88</sup>. Significa dizer, um volume de recursos significativamente maior é destinado ao custeio de um sistema privado que beneficia um número bem menor de pessoas. Essa opção contrasta com a de outros países com sistemas universais, como Reino Unido, Suécia e França, onde o gasto público é pelo menos quatro vezes maior que o privado <sup>89</sup>. Por outro lado, a recente expansão da saúde complementar, incentivada pelo governo federal, em direção aos planos de saúde de baixo custo que não cobrem as doenças mais graves, onera ainda mais o SUS, que passa a ser responsável pelos tratamentos mais complexos de que necessitam os usuários desses planos, sem que haja o devido ressarcimento (SALDIVA; VERAS, 2018, p. 51-52).

O subfinanciamento e a opção governamental pelo incentivo ao mercado privado de saúde fazem com que o Brasil seja o único país do mundo com um sistema de acesso universal em que o gasto privado é superior ao público. A criação do SUS, sabe-se, foi inspirada no êxito do sistema de saúde britânico, o *National Health Service (NHS)*, também norteado pelos princípios da universalidade, integralidade, equidade e gratuidade, e financiado, fundamentalmente, pela receita de tributos. O NHS foi criado em 1948 e, mesmo após as reformas de cunho liberal realizadas no início dos anos 1990, manteve suas características nucleares ao longo dos últimos setenta anos. No Reino Unido o mercado privado de saúde é residual, sendo que a proporção do gasto público/privado é de 80%/20%<sup>90</sup>, ante uma proporção média de 70%/30% nos países da OCDE e nos países de renda alta. No Brasil essa proporção é de 43%/57% (PIOLA [et al.], 2013, p. 21; WHO, 2018, p. 13).

Há uma forte contradição estrutural, portanto, entre a imposição constitucional por um sistema universal, integral, gratuito e de acesso igualitário, e as sucessivas opções político-governamentais por incentivar, inclusive pela via dos subsídios, o mercado privado<sup>91</sup>. Isso indica que uma correção de rumo deve ser realizada para aproximar as políticas de assistência à saúde ao modelo imaginado pelo constituinte originário.

<sup>88</sup>O SUS, por sua vez, atinge a totalidade da população brasileira, uma vez que todos, inclusive os usuários de planos de saúde, se beneficiam de ações e serviços como os de vigilância sanitária, transplantes de órgãos, vacinação, resgate e atendimento de urgência em casos de acidentes, cobertura farmacológica e, ainda, são atendidos por profissionais médicos cuja formação é realizada, na maioria dos casos, em instituições públicas de ensino e em programas de residência de hospitais público.

<sup>89</sup>Paradoxalmente, o desembolso direto, modalidade mais iníqua e excludente de financiamento, é mais comum nos países mais pobres e em desenvolvimento. Nos países de renda alta prepondera o financiamento público (PIOLA [et al.], 2013, p. 20).

<sup>90</sup>Disponível em <http://apps.who.int/nha/database/ViewData/Indicators/en>. Acesso em 19/12/2018.

<sup>91</sup>Para um estudo detalhado acerca das opções de sucessivos governos (de José Sarney à Dilma Rousseff) em estimular a expansão do setor privado em detrimento do SUS, cf. BAHIA, Ligia. O SUS e o Setor Privado Assistencial: adaptações e contradições. In: *Futuros do Brasil: ideias para ação*. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, Ministério da Saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017.

A preponderância do gasto privado é identificada pelo Banco Mundial como um dos desafios ao adequado financiamento da saúde pública no Brasil. A organização aponta que é considerável o fluxo de recursos dos cofres públicos para o sistema privado, o que coloca o Brasil entre os países com mais alto índice de desembolso privado na América Latina<sup>92</sup> <sup>93</sup>. Esse fluxo de recursos é em parte financiado pelas renúncias tributárias. Do volume de recursos destinados à saúde, 20% são pela via de subsídios ao setor privado, destacando-se as isenções de imposto de renda por despesas com assistência médica (IPEA, 2016)<sup>94</sup>.

Ainda em relação ao subfinanciamento, é importante ressaltar que, embora a Organização Mundial da Saúde e os principais estudos da área utilizem como parâmetro comparativo o percentual do PIB gasto em saúde, esses números escondem graves iniquidades, tendo em vista as diferenças demográficas e de renda entre os países. Alguns dados são capazes de revelar com maior clareza a dimensão do subfinanciamento nos países mais pobres: os países mais ricos, onde vive apenas 16% da população mundial, são responsáveis por 80% do gasto global em saúde; a média global de gasto *per capita* por ano em saúde é de US\$ 1.011,00 (mil, cento e onze dólares); contudo, há uma variação abissal entre países que gastam até US\$ 9.000,00 (nove mil dólares) *per capita* e outros em que o gasto é de US\$ 20,00 (vinte dólares), sendo que em quase 50 países, habitados por 2,7 bilhões de pessoas, o gasto *per capita* não ultrapassa a barreira dos US\$ 100,00 (cem dólares) (WHO, 2018, p. 15) . Ou seja, ainda que se melhore a relação gasto/PIB em países pobres e em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, o gasto *per capita* continuará muito inferior ao de países com sistemas de saúde considerados exitosos.

Há um questionamento recorrente, é verdade, sobre a possibilidade da má qualidade dos serviços de saúde estar mais relacionada à ineficiência do que à insuficiência do gasto público. No entanto, um detalhado estudo elaborado por pesquisadores do IPEA concluiu que, em comparação aos países da OCDE, o gasto público em saúde no Brasil pode ser considerado eficiente. Considerando o custo *per capita* dos sistemas de saúde, verificou-se

---

<sup>92</sup> Disponível em:

<http://documents.worldbank.org/curated/pt/638281468226148870/pdf/883440BRI0P123010final0January02014.pdf>. Acesso em 24/10/2018.

<sup>93</sup> Entre os países de renda alta a proporção do gasto público/privado é de 70%/30%, entre os países de renda média é de 51%/49% e nos países de renda baixa é de 22%/78%. No Brasil a proporção é de 43%/57% (WHO, 2018, p. 13).

<sup>94</sup> Esse tipo de gasto é marcado por intensa regressividade, pois os subsídios se destinam apenas às famílias que podem arcar com o custo da saúde privada, ou seja, aquelas que se situam nos estratos mais elevados da renda. O subsídio, aliás, abarca gastos com hospitais, clínicas e profissionais de saúde situados até no exterior (IPEA, 2016).

que o SUS entrega bons resultados apesar do seu subfinanciamento, e que “aumentos dos gastos per capita em saúde no Brasil devem proporcionar, para a saúde de nossa população, (...) resultados bem mais auspiciosos do que os observados em muitos países da OCDE” (IPEA, 2009b, p. 48).

Embora subfinanciado, no entanto, o SUS exerce importante papel redistributivo, uma vez que “as despesas em ações e serviços públicos de saúde são importantes para a diminuição das desigualdades econômicas e sociais entre às pessoas pertencentes às diversas classes que compõem a sociedade brasileira” (SANTOS, 2016, p. 64).

Pesquisas apontam que o gasto social é responsável por atenuar a regressividade fiscal, retornando àqueles que assumem um peso significativamente maior no financiamento do Estado em forma de serviços públicos – especialmente de saúde e educação – e benefícios assistenciais e previdenciários. Como já afirmado, a equidade fiscal deve ser analisada sob dois aspectos: o do perfil da tributação (financiamento) e o do perfil do gasto público. Se, de um lado, a matriz tributária é marcada pela regressividade; de outro, o gasto público nas áreas sociais, em razão de seu perfil progressivo<sup>95</sup>, cumpre importante função redistributiva

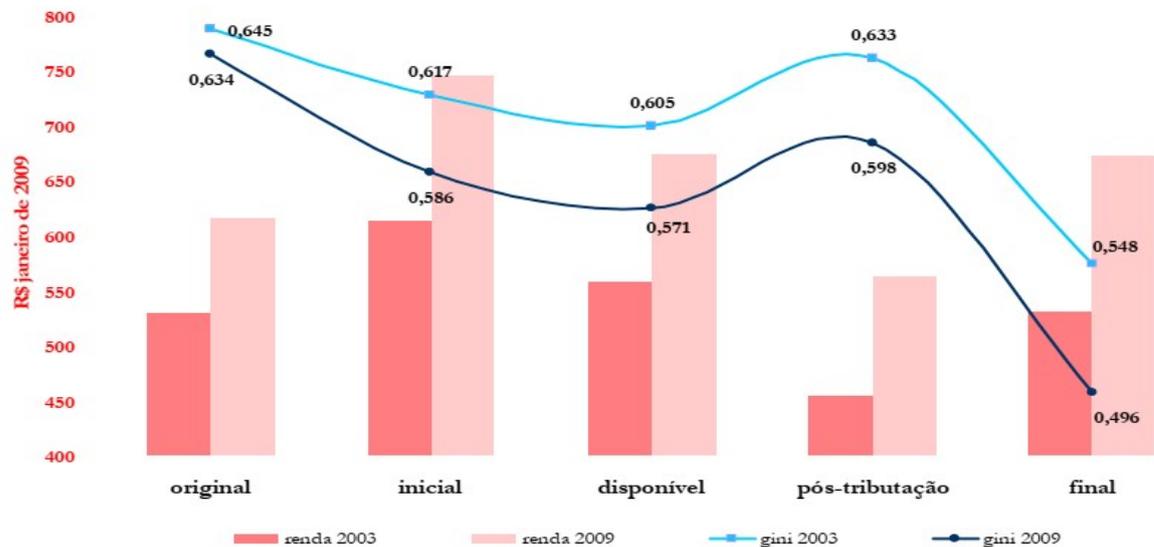
Segundo o IPEA, em estudo cujo título é *Equidade Fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social* (IPEA, 2011)<sup>96</sup>, o Brasil possui um modelo de política tributária regressivo, portanto agravador das desigualdades de renda, mas que é atenuado por um gasto social progressivo, que tem nos mais pobres os principais destinatários dos serviços de educação e saúde. O gráfico abaixo, originário desse estudo, joga luzes sobre a situação da equidade fiscal no país:

---

<sup>95</sup> O gasto progressivo é aquele em que se verifica um aumento do valor do gasto *per capita* à medida em que decresce a renda, do que resulta uma distribuição menos iníqua do que aquela determinada pelo mercado. No gasto regressivo, ao contrário, as transferências são maiores para os estratos mais elevados da renda, agravando as iniquidades iniciais (CGD, 2012, p. 4).

<sup>96</sup> O estudo foi realizado a partir de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) e da Pesquisa de Orçamento Familiar (POF), ambas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

**Gráfico 1 – Comportamento do índice de Gini e das rendas monetárias original, inicial, disponível e final – Brasil, 2002-2003 e 2008-2009**



97

As barras representam a renda domiciliar *per capita* média. A renda original representa todos os rendimentos recebidos pelas famílias, exceto os decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais. A renda inicial representa a renda original somada a estes benefícios. A renda disponível corresponde à renda inicial com a dedução dos impostos diretos arcados pela família. A renda pós-tributação deduz da renda disponível os impostos indiretos. Por sua vez, a renda final corresponde à renda pós-tributação somada ao valor monetário dos serviços de educação e saúde públicos. Por fim, as linhas azuis representam a evolução do índice de Gini<sup>98</sup> nos anos de 2003 e 2009, o que nos permite mensurar o nível de desigualdade em cada um dos momentos captados pelo gráfico.

<sup>97</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Equidade Fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social. Brasília: IPEA, 2011, p. 4.

<sup>98</sup> Segundo o IPEA, “o Índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza.” Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&id=2048:catid=28](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28). Acesso em 22/10/2018.

Os números evidenciam o impacto das escolhas da matriz tributária e do gasto público sobre as desigualdades socioeconômicas<sup>99</sup>. A desigualdade original, determinada pela desigualdade de mercado entre as famílias (renda original), sofre uma queda no momento em que se adiciona o impacto dos benefícios previdenciários e assistenciais (renda inicial). Há também uma pequena queda com o impacto da tributação direta, esta com reconhecido viés progressivo. Contudo, quando mensurado o impacto da tributação indireta, há um substancial aumento da desigualdade, que praticamente anula o impacto da tributação direta e dos benefícios estatais. Por fim, há uma queda brusca quando adicionado o impacto das ações e serviços de saúde e educação.

O comportamento da linha do índice de Gini no gráfico permite algumas conclusões. Em primeiro lugar, reforça-se a constatação de que a base de incidência tributária, cuja ênfase é sobre os impostos indiretos, agrava as desigualdades socioeconômicas que marcam nosso tecido social. Porém, o perfil progressivo do gasto público em saúde e educação é responsável por redistribuir os recursos aos estratos inferiores de renda, anulando o impacto da regressividade tributária (IPEA, 2011, pp. 4-12).

Especificamente sobre as ações e serviços de saúde, a tabela abaixo também evidencia a progressividade do gasto federal, o que se nota ao observar as despesas com internações, procedimentos ambulatoriais e com servidores, que são comparativamente mais altas entre os mais pobres (primeiros décimos de renda). O destaque negativo ficou com o gasto com medicamentos<sup>100</sup>, que beneficia mais os estratos intermediários e finais da renda:

---

<sup>99</sup> Embora referente ao período 2003-2009, os dados podem ser utilizados para avaliar o atual modelo de repartição da carga tributária e do gasto público em saúde, visto que nos últimos anos: i) não foram realizadas reformas estruturais capazes de alterar as características da matriz tributária, especialmente sua preferência pela tributação sobre o consumo; ii) a desigualdade socioeconômica tem se agravado no país. Portanto, embora sejam naturais alterações pontuais nos números, tudo indica que o comportamento do impacto da base de incidência tributária e dos serviços de saúde sobre a desigualdade tenha se mantido. Por fim, cumpre ressaltar que a pesquisa não identificou estudos mais recentes do IPEA sobre o tema.

<sup>100</sup> A relação de causalidade entre a judicialização da saúde e a regressividade do gasto público com medicamentos será abordada do subcapítulo 3.7 em diante.

**Tabela 4 – Distribuição do gasto público federal em saúde, segundo rubricas de gasto e por décimos de renda – 2008.**

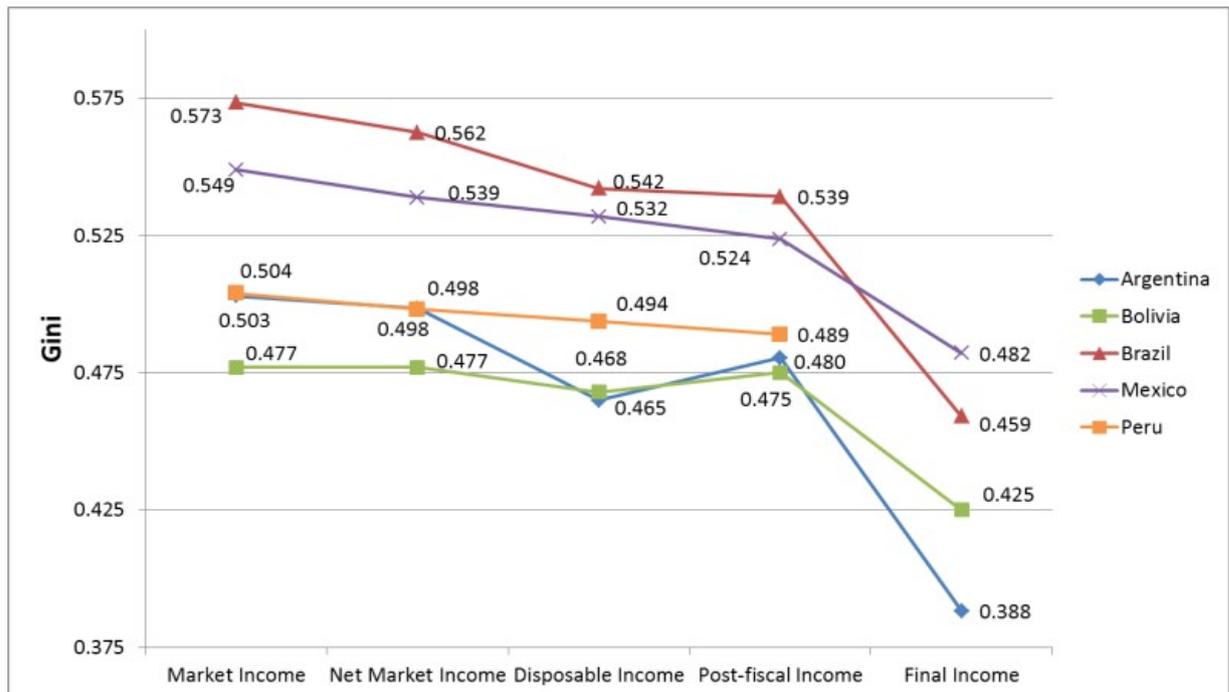
Décimos	Total	Internações	Procedimentos ambulatoriais	Bens e serviços universais	Servidores públicos federais	Medicamentos
1°	10,0	12,5	10,5	10,6	11,3	7,6
2°	11,0	13,0	11,8	9,9	11,7	8,2
3°	11,3	11,3	12,0	10,0	11,4	12,1
4°	10,7	11,2	11,1	10,1	11,4	8,5
5°	11,3	11,9	11,5	9,9	11,2	10,7
6°	12,7	14,3	12,7	10,0	11,5	15,7
7°	10,5	9,2	10,4	10,0	10,1	10,1
8°	9,6	7,5	9,4	9,9	9,1	11,0
9°	8,4	6,2	7,6	9,8	7,3	11,3
10°	4,7	3,1	3,1	9,8	4,9	4,9

Fonte: microdados PNAD 2008, DATASUS e SIOPS (MS)

101

Os mesmos resultados foram encontrados em um estudo elaborado pelo *Center for Global Development*, que se dedicou a investigar os impactos do gasto social sobre a pobreza e a iniquidade na Argentina, no Brasil, na Bolívia, no México e no Peru. Identificou-se que a tributação direta tem um impacto pequeno sobre a redução das desigualdades, especialmente se comparado ao impacto negativo da tributação indireta, que é significativamente maior no Brasil. As transferências governamentais diretas, por sua vez, têm impacto quase que irrelevante, uma vez que os efeitos de programas direcionados aos mais pobres seriam anulados pelos efeitos de benefícios que são pagos aos mais ricos - como é o caso de alguns benefícios previdenciários. Em contrapartida, os gastos públicos com saúde e educação foram identificados como progressivos na maioria dos países pesquisados, especialmente no Brasil e na Argentina (CGD, 2012, pp. 8-13). O gráfico abaixo mostra o impacto do gasto social sobre o coeficiente de Gini, apresentando um comportamento muito parecido com o do estudo do IPEA:

<sup>101</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Equidade Fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social. Brasília: IPEA, 2011, p. 4.



102

Os resultados também são compatíveis com aqueles encontrados por Claudiney Pereira e Sean Higgins em estudo que investiga os efeitos da tributação e do gasto social sobre a redistribuição de renda no Brasil (HIGGINS; PEREIRA, 2013). Segundo os pesquisadores, que também utilizam dados da PNAD (2008) e da POF (2008-2009), a tributação (direta e indireta) e o gasto social (transferências diretas e serviços de saúde e educação) reduzem em apenas 6% a iniquidade de renda inicial determinada pelo mercado. Isso indica uma baixa efetividade da política fiscal, especialmente em razão da magnitude da carga tributária, que chega perto de 35% do PIB (HIGGINS; PEREIRA, 2013, p. 11). Mais uma vez a matriz tributária regressiva, marcada pelo predomínio da tributação indireta, é apontada como causa determinante<sup>103</sup>. O gasto em saúde, por outro lado, mostrou-se

<sup>102</sup> “*Disposable Income*” representa a renda inicial com a incidência dos impostos diretos e das contribuições sociais sobre os salários; “*Post-fiscal Income*” inclui o impacto dos impostos indiretos e dos subsídios indiretos; “*Final Income*” contabiliza o impacto dos serviços públicos gratuitos ou subsidiados (CENTER FOR GLOBAL DEVELOPMENT – CGD. The Impact of Taxes and Social Spending on Inequality and Poverty in Argentina, Bolivia, Brazil, Mexico, and Peru: A Synthesis of Results. CGD Working Paper 311. Washington, DC: Center for Global Development, 2012).

<sup>103</sup> Dentre os dados apresentados pelo estudo, chama atenção aquele que demonstra que com o impacto dos programas de transferência direta de renda (bolsa família, benefício de prestação continuada etc.) a “ultra pobreza” cai 55%, a “extrema pobreza” 28% e a “pobreza moderada” 14%. Contudo,

satisfatoriamente progressivo, contribuindo para uma queda final de 19% no coeficiente de Gini (HIGGINS; PEREIRA, 2013, p. 15).

Mostra-se relevante, portanto, a intervenção redistributiva realizada pelo gasto em saúde. As ações e serviços públicos de saúde, por serem majoritariamente usufruídas pelos mais pobres, atenuam as desigualdades socioeconômicas que são agravadas pela matriz tributária regressiva. Portanto, apesar do seu incontestável subfinanciamento, é possível afirmar que o SUS cumpre um importante papel no Estado Social instituído pela Constituição de 1988. O sistema de proteção à saúde faz parte da ação institucionalizada pelo Estado destinada a promover arranjos sociais materialmente mais igualitários, incluindo setores marginalizados da sociedade na esfera de exercício da cidadania<sup>104</sup>.

Porém, verificou-se que a distribuição progressiva do gasto em saúde é contrastada pelo perfil do gasto com medicamentos que, ao contrário do que ocorre com as demais rubricas, favorece os estratos intermediários e mais altos da renda. Esse cenário indica uma diferença essencial entre uma única rubrica e todas as demais, o que decorre, supõe-se, de uma causa externa que atua seletivamente. Segundo a hipótese do trabalho, esse agente externo ao sistema de saúde é justamente a judicialização, que determina a entrega de terapias medicamentosas em ações judiciais individuais.

### **3.4. Iniquidades em saúde no Brasil: acesso a serviços de saúde e fatores determinantes de saúde e doença**

Segundo a Organização Pan-americana da Saúde (OPAS), a equidade em saúde é um princípio básico para o desenvolvimento humano e social (NUNES; et al., 2001, p. 29). A equidade incorpora ao conceito de igualdade um valor de justiça distributiva, de modo que as iniquidades em saúde sejam compreendidas como “aquelas desigualdades de saúde que, além de sistemáticas e relevantes, são evitáveis, injustas e desnecessárias” (CARVALHO, BUSS,

---

quando se contabiliza a tributação indireta, a redução da “ultra pobreza” é significativamente reduzida, a da “extrema pobreza” quase que desaparece e a “pobreza moderada” chega a aumentar (HIGGINS; PEREIRA, 2013, p. 12).

<sup>104</sup> De acordo com a Oxfam Brasil, “as pessoas pobres no Brasil – aqui considerando os 40% mais pobres cuja renda individual média é de R\$ 696,20 – dependem fortemente do Estado para incrementar suas rendas, bem como para acessar postos de saúde, hospitais, clínicas, postos de vacinação, creches e escolas de educação fundamental. Medidas que limitam a capacidade do Estado realizar políticas voltadas para esses serviços, que representam direitos constitucionais, têm brutal impacto nas rendas familiares, reduzindo-as, e aumentando a pobreza e as desigualdades.” (OXFAM BRASIL, 2018, p. 50)

2014, p. 134). Significa que indivíduos diferentes entre si, que experimentam diferentes condições de saúde, merecem tratamento diferenciado, de modo a reduzir as desigualdades que, vinculadas às condições heterogêneas da vida, sejam redutíveis (NUNES; et al., 2001, p. 16). Adota-se, portanto, uma concepção materialmente igualitária (equidade vertical), que impõe mais atenção e melhores cuidados aos pacientes mais vulneráveis. Esta concepção converge com a teoria da justiça como equidade de John Rawls abordada no segundo capítulo deste trabalho.

A equidade em saúde pode ser avaliada a partir de três dimensões: i) financiamento e gasto público em saúde; ii) fatores determinantes de saúde e doença; iii) acesso às ações e serviços de saúde. Assim, tendo o financiamento e o papel distributivo do gasto em saúde sido objeto do subcapítulo anterior, justifica-se, agora, a investigação acerca dos fatores determinantes de saúde e doença, suas relações com as desigualdades socioeconômicas e, por fim, o papel do acesso às ações e serviços de saúde na diminuição dessas iniquidades.

Os fatores determinantes de saúde e doença são correlacionados às desigualdades socioeconômicas interindividuais. Via de regra, aqueles que ocupam os estratos sociais mais baixos são os que possuem maiores riscos de contrair doenças e morrer. De outro lado, as desigualdades verificadas no acesso às ações e serviços de saúde decorrem de características específicas dos sistemas de saúde de cada país. Fatores como “a disponibilidade de serviços e equipamentos diagnósticos e terapêuticos, a distribuição geográfica, os mecanismos de financiamento dos serviços e a sua organização representam características do sistema que podem facilitar ou dificultar o acesso” (TRAVASSOS; CASTRO, 2014, p. 184). Evidentemente, as condições de acesso também estão correlacionadas às clivagens socioeconômicas, todavia, políticas setoriais e reformas do sistema de saúde podem ser bem-sucedidas em conferir maior equidade ao gasto em saúde, atenuando, assim, as condições desiguais de saúde determinadas por fatores como renda, escolaridade, condições de moradia, local de residência, gênero, desemprego etc. Este, aliás, é um dos objetivos nucleares de um sistema de saúde universal e orientado constitucionalmente pelo princípio da equidade, de modo que a intensidade da estratificação que marca nosso tecido social torna ainda mais relevante a função social do SUS.

O estudo das relações entre a forma como se organiza uma determinada sociedade e seus indicadores de saúde revela os determinantes sociais das desigualdades em saúde. Verificando-se que essas desigualdades são injustas e evitáveis, estar-se-á diante de iniquidades que, portanto, devem ser combatidas pelo sistema de saúde.

Em 13 de março de 2006 foi instituída, por Decreto Presidencial, a Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde (CNDSS), no âmbito do Ministério da Saúde<sup>105</sup>. A instituição da CNDSS ocorreu um ano após a criação da *Commission on Social Determinants of Health* pela Organização Mundial da Saúde (OMS). O Brasil foi o primeiro país a criar sua própria comissão, aderindo tempestivamente ao movimento global desencadeado pela Organização Mundial da Saúde. A posição é compatível com a tradição vanguardista do sanitarismo Brasileiro que, “desde o início do século passado, (...) vem se dedicando a aprofundar o conhecimento das relações entre os determinantes socioeconômicos e a situação da saúde e a desenvolver ações concretas, baseadas nesse conhecimento” (CNDSS, 2008, p. 10). Dois anos depois de sua instituição, em abril de 2008, a CNDSS publicou o *Relatório Final da Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde*, documento que reúne informações amplas e detalhadas sobre as iniquidades em saúde geradas pelos determinantes sociais.

O relatório da CNDSS identificou que os avanços e contradições econômico-sociais das últimas décadas (crescimento econômico com baixa distribuição de renda) correlacionam-se com as condições de saúde da população. A taxa de mortalidade infantil, por exemplo, que em 1960 era de 124 óbitos no primeiro ano de vida para cada mil nascidos vivos, caiu para 25,1 em 2006. Em 2016, segundo o IBGE, a taxa de mortalidade diminuiu para 13,3. Contudo, as disparidades regionais permaneceram intensas. Na região nordeste a taxa era de 36,9 em 2006, enquanto na região sul de 16,7. Em 2016 os números evoluíram para 17,6 e 16,7 nas regiões norte e nordeste e 9,4 e 10,4 nas regiões sul e sudeste<sup>106</sup>. Já em relação à expectativa de vida ao nascer, havia em 2016 uma diferença de mais de 5 anos entre as médias da região sul e norte<sup>107</sup>. Nas regiões norte e nordeste também eram

---

<sup>105</sup> Os objetivos da CNDSS, segundo o Decreto Presidencial que a instituiu, são:

- I - apoiar e articular a atuação do Poder Público, instituições de pesquisa e da sociedade civil sobre determinantes sociais relacionados à melhoria da saúde e redução das iniquidades sanitárias;
- II - promover modelos e práticas efetivas relacionadas aos determinantes sociais da saúde e voltados à inserção da equidade em saúde nas políticas de governo;
- III - contribuir para a formulação e implementação de políticas, planos e programas de saúde baseados em intervenções sobre os determinantes sociais que condicionam o nível de saúde;
- IV - organizar e gerar informações e conhecimentos voltados a informar políticas e ações sobre os determinantes sociais da saúde; e
- V - mobilizar setores de governo e a sociedade civil para atuar na prevenção e solução dos efeitos negativos de determinantes sociais da saúde. (BRASIL, Decreto Presidencial de 13 de março de 2006)

<sup>106</sup> Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/383>. Acesso em 07/12/2018.

<sup>107</sup> Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/1174>. Acesso em 07/12/2018.

significativamente maiores as mortes causadas por doenças infecciosas e parasitárias, enquanto nas regiões sul e sudeste eram superiores os índices de mortes por neoplasias (tumores) e doenças cardiovasculares (CNDSS, 2008, pp. 37-42)<sup>108</sup>.

As disparidades regionais também são graves no tocante à demografia médica. Enquanto a região sudeste possui 2,81 médicos para cada grupo de mil habitantes, nas regiões norte e nordeste essa proporção é de 1,16 e 1,41, respectivamente. Estados como Pará e Maranhão possuem menos de um médico para cada mil habitantes, enquanto no Distrito Federal esse número é de 4,35 (SCHEFFER; et al., 2018, p. 44).

A estratificação socioeconômica, por definir as condições de vida e de trabalho dos indivíduos, provoca diferenciais de saúde. A posição social correlaciona-se com os diferenciais de exposição a riscos que causam danos à saúde, de vulnerabilidade à ocorrência de doença frente à exposição a estes riscos e de consequências sociais ou físicas uma vez contraída a doença. Sendo assim, as estratégias e programas de promoção da saúde devem atuar em três diferentes frentes: i) intervenção sobre os mecanismos de estratificação social; ii) combate aos diferenciais de exposição a riscos; iii) combate aos diferenciais de vulnerabilidade; iv) combate aos diferenciais de consequências ocasionadas pela doença (CNDSS, 2008, pp. 45-46). O SUS atua nas três últimas frentes, através de ações e serviços gratuitos de saúde preventiva e curativa que têm por objetivo a atenuação das iniquidades em saúde que derivam dos mencionados diferenciais.

O relatório do CNDSS apresenta algumas associações entre a estratificação socioeconômica e as condições de saúde a partir de suas relações com a renda, escolaridade, gênero, cor da pele e local de moradia.

Quanto ao nível de instrução, verificou-se que está relacionado à percepção dos problemas de saúde, à capacidade de entendimento das informações sobre saúde, à adoção de estilos de vida mais saudáveis, ao consumo e utilização de serviços de saúde e à adesão aos procedimentos terapêuticos. Como exemplo, menciona-se a relação entre escolaridade e índices de realização de exames preventivos de câncer de mama e de colo de útero. A proporção de mulheres com 15 anos ou mais de escolaridade que já realizaram alguma vez mamografia é de 68%. Dentre as mulheres sem instrução esse percentual é de apenas 24%. Já o exame de colo uterino foi realizado pelo menos uma vez por 93% das mulheres com mais de

---

<sup>108</sup> Os dados do relatório são de 2006, contudo, o comportamento das disparidades mantém-se o mesmo em dados mais recentes, conforme se verifica no Observatório sobre Iniquidades em Saúde. Disponível em: <http://dssbr.org/site/>. Acesso em 05/11/2018.

15 anos de instrução e por apenas 55% das mulheres sem instrução formal (CNDSS, 2008, pp. 46-47).

O relatório ainda realiza uma extensa revisão da literatura que identifica relações entre renda, escolaridade e cor de pele com autopercepção de saúde e incidência de doenças. Em resumo, diversos estudos identificam que a autopercepção da saúde é consideravelmente menor entre os mais pobres, negros e menos escolarizados. Também são piores entre os menos escolarizados, mais pobres e negros as condições gerais de saúde e maiores as taxas de mortalidade por doenças cardiovasculares, cerebrovasculares e hipertensivas (CNDSS, 2008, pp. 50-51).

A desigualdade de renda ocasiona diferentes condições de alimentação e nutrição, saneamento básico e habitação, emprego e trabalho e acesso à informação, que, por sua vez, influem diretamente sobre as condições de saúde do indivíduo.

De fato, é marcante a relação que se estabelece entre concentração de renda e condições de saúde. Célia Szwarcwald (et al.) menciona uma série de estudos que têm relacionado a pobreza relativa, e “a maneira como ela exclui pessoas, social e materialmente, das oportunidades proporcionadas pela sociedade”, à situação de saúde dos indivíduos. Assim, a distribuição desigual da renda teria uma relação mais direta com os agravos de saúde do que teriam os indicadores de riqueza absoluta (SZWARCWARD [et al.], 1999, pp. 16-17).

Joseph Stiglitz, em recente e aclamada obra sobre o crescimento da desigualdade e seus efeitos perversos sobre a sociedade e a democracia, constata uma relação direta entre a concentração de renda e as iniquidades em saúde. Stiglitz aponta que nos Estados Unidos, onde não há um sistema público universal de saúde, tem-se verificado uma queda da expectativa de vida entre as mulheres pobres. Para o autor, a piora da renda e o declínio dos padrões de vida ocasionam uma série de manifestações sociais – como desnutrição, abuso de drogas e deterioração da vida familiar – que impactam negativamente sobre a saúde e a expectativa de vida. Como consequência, tem-se que, naquele país, mulheres brancas com nível superior possuem uma expectativa de vida que supera em dez anos a de mulheres, brancas ou negras, que não concluíram o ensino médio; homens e mulheres sem ensino médio experimentaram uma queda de três e cinco anos, respectivamente, de suas expectativas de vida entre 1990 e 2008 (STIGLITZ, 2013, xiii).

Também o Fundo Monetário Internacional - FMI verifica que as disparidades nos indicadores de saúde são particularmente graves nos países em desenvolvimento e nas economias emergentes, onde são também marcantes as desigualdades socioeconômicas. Na maior parte dos países de economia considerada desenvolvida, ao contrário, não se verifica

grandes disparidades nos indicadores de saúde entre as diferentes faixas de renda. Contudo, nos últimos anos, tem se intensificado, também nas economias avançadas e especialmente nos Estados Unidos, a relação entre o aumento da desigualdade de renda e a queda da expectativa de vida (IMF, 2015, p. 16). O achado reforça as conclusões de Piketty (2014) e Stiglitz (2013), no sentido de que o aumento exponencial da concentração de renda que se verificou na maior economia do mundo nas últimas décadas reflete-se nas desigualdades em saúde.

Antonio Carvalho e Paulo Buss afirmam que estudos recentes têm constatado que, uma vez alcançado determinado nível de desenvolvimento econômico, o crescimento da riqueza de um país não se traduz em melhorias significativas nas condições de saúde de sua população. Assim, “a partir desse nível, o fator mais importante para explicar a situação geral de saúde de um país não é a sua riqueza total, mas a maneira como ela se distribui”. Segundo os autores, isso explica porque indivíduos de países mais igualitários possuem melhores condições de saúde do que aqueles que, com renda equivalente, vivem em países mais desiguais (CARVALHO; BUSS, 2014, p. 135). Ainda de acordo com os autores:

Um dos principais mecanismos pelos quais as iniquidades de renda produzem um impacto negativo na situação de saúde é o desgaste do chamado capital social, ou seja, das relações de solidariedade e confiança entre pessoas e grupos. O desgaste do capital social em sociedades iníquas explicaria em grande medida por que sua situação de saúde é inferior à de sociedades em que as relações de solidariedade são mais desenvolvidas. A debilidade dos laços de coesão social ocasionada pelas iniquidades de renda corresponde a baixos níveis de capital social e de participação política. Países com grandes iniquidades de renda, escassos níveis de coesão social e baixa participação política são os que menos investem em capital humano e em redes de apoio social fundamentais para a promoção e proteção da saúde individual e coletiva (CARVALHO; BUSS, 2014, p. 135).

Portanto, são acentuadas as relações entre as desigualdades socioeconômicas e as iniquidades em saúde. Indivíduos menos escolarizados, mais pobres, negros e moradores das regiões mais desfavorecidas possuem piores condições de saúde: adoecem mais precocemente e possuem taxas mais elevadas de morbimortalidade. Nesse contexto, o SUS assume um importante papel de política compensatória, pois ao proporcionar acesso gratuito aos serviços de saúde, acaba por favorecer os estratos inferiores da pirâmide social, proporcionando justiça distributiva através do gasto público em saúde, que, como visto, é marcado pela

progressividade. Segundo a OMS, a taxa de internações totais por cem habitantes mantém-se invariável entre os diferentes grupos de renda. Todavia, quando se diferencia as internações custeadas pelo SUS das demais, verifica-se grande disparidade segundo o limite de renda. Entre os estratos mais pobres são até 12,6 vezes maiores as internações pelo SUS (OMS, 2001, p. 166). Esse índice é convergente com os dados analisados acerca da progressividade do gasto público com saúde (cf. item 3.3).

Ainda de acordo com a Organização Mundial da Saúde, “escolhas ligadas ao modo de financiamento dos sistemas de saúde (...) determinam de maneira crucial o impacto positivo ou negativo do setor de saúde sobre as iniquidades em saúde” (OMS, 2011, p. 24). Assim, é papel de um sistema de saúde direcionar seu financiamento e seu gasto de modo a combater as iniquidades em saúde<sup>109</sup>. Em um país marcado pela intensa desigualdade de renda, que, por sua vez, condiciona o acesso à saúde, moradia, escolaridade, enfim, ao bem-estar social, os serviços públicos de caráter social exercem o papel crucial de incluir os mais desfavorecidos na esfera de cidadania, garantindo-lhes direitos sociais mínimos.

Não é por acaso que a criação e implementação do SUS são percebidas pela população como valores sociais relevantes. Perguntados sobre os pontos positivos do SUS, 52,7% dos entrevistados pelo IPEA responderam ser o acesso gratuito aos serviços de saúde. Em segundo lugar, foi mencionado o fato de todos receberem o mesmo atendimento, sem nenhum preconceito (48%), e, em terceiro lugar, a distribuição gratuita de medicamentos (32,8%). Esses resultados apontam que “a igualdade no atendimento é um valor a ser trabalhado e pode indicar o entendimento de que esse direito só pode ser efetivado por meio do sistema público universal e gratuito” (PIOLA (et al.), 2011, pp. 94-95).

---

<sup>109</sup> Também segundo a OMS: “o financiamento da atenção dedicado a assegurar a cobertura equitativa e universal (o acesso e o uso de serviços de qualidade através do contínuo da atenção para toda os indivíduos da sociedade) também apresenta desafios para a governança dos sistemas de saúde. Para que se obtenha uma cobertura equitativa e universal, é preciso garantir que haja acesso e cobertura efetiva para todos os grupos (“extensão”), para todos os tipos de atenção (“profundidade”), por um custo acessível e em condições aceitáveis, com a existência de recursos específicos que atendam às necessidades diferenciadas dos mais carentes (“extensão”). Já ficou claro, mesmo em países de alta renda, que chegar à cobertura universal não é fácil. Se a equidade não for enfatizada suficientemente - priorizando-se aqueles em piores condições, tanto no caso dos serviços já existentes quanto no de novos serviços -, é comum que a ampliação da cobertura leve a um aumento das iniquidades. Contudo, as evidências indicam que é possível para países de todos os níveis de renda desenvolverem os sistemas de saúde de forma equitativa ao passo em que se caminha em direção à universalização da cobertura. O financiamento dos sistemas de saúde precisa ser repensado urgentemente. Já foi irrefutavelmente demonstrado que a cobrança pelos serviços pode impedir o uso adequado da atenção e levar milhões de pessoas à pobreza. Todos os países, portanto, precisam implementar mecanismos coletivos de pagamento antecipado para financiar os serviços de saúde - recursos que viriam de impostos, de esquemas de previdência social ou de uma mistura dos dois” (*sic*) (OMS, 2011, p. 27).

Contudo, a prevalência do gasto privado sobre o público representa um obstáculo à consolidação do SUS e, sobretudo, uma justaposição de iniquidades às populações mais pobres. Isto porque se, de um lado, os determinantes de saúde e doença condenam estes grupos a piores condições vida, de outro, as assimetrias nas condições de acesso aos serviços de saúde se agravam à medida em que o sistema público gratuito compete em situação adversa com o sistema privado.

Mas a situação se revela ainda mais iníqua quando se leva em consideração que dentro do próprio sistema público há uma competição por recursos que favorece os mais ricos, como de fato ocorre com a judicialização da saúde. Há, sob esse aspecto, uma tripla sobreposição de iniquidades: os estratos mais elevados da renda, além de experimentarem melhores condições de saúde e acesso aos serviços (privados) de saúde, obtém uma vantagem competitiva ocasionada pelos diferentes níveis de acesso à justiça na disputa pelos recursos escassos do sistema público de saúde. O próximo item será dedicado às relações entre desigualdades socioeconômicas e acesso à justiça, de modo a proporcionar um melhor entendimento sobre como a judicialização reforça os códigos de inclusão-exclusão do direito à saúde.

### **3.5. Desigualdade de acesso à justiça no Brasil**

A judicialização da saúde atribui serviços e terapias de saúde por decisões judiciais, liminares ou definitivas. Isto é, substitui a adjudicação por agentes do SUS, segundo suas regras e protocolos, pela realizada por agentes externos ao sistema, no caso membros do Poder Judiciário. Por outro lado, o Judiciário, ao tratar como secundária a questão dos conflitos alocativos, acaba por adotar, ainda que inconscientemente, o critério *first-come first-served* para pautar as escolhas trágicas (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 43) (cf. item 2.1). Isto significa, em última análise, que as disputas pelos recursos escassos são resolvidas em prol daqueles que utilizam a via judicial, em detrimento dos que se resignam com as regras e carências do SUS.

Dessa maneira, analisados os determinantes de saúde e doença, as características distributivas do financiamento, do acesso e do gasto com ações e serviços de saúde, e, considerando o objetivo do trabalho de compreender as consequências redistributivas da judicialização, cumpre examinar o acesso à justiça no Brasil e suas relações com as desigualdades socioeconômicas.

As assimetrias no acesso à justiça são um reflexo e, ao mesmo tempo, um mecanismo de reprodução das iniquidades sociais e econômicas (SANDEFUR, 2008, p. 340). A escolha de levar ou não um determinado conflito às instâncias judiciais é determinada por uma série de fatores, dentre os quais destacam-se i) o reconhecimento da existência de um direito e de sua exigibilidade; ii) o conhecimento de como ajuizar uma demanda e; iii) a disposição psicológica para ingressar com a demanda. Portanto, a inadequada informação e instrução de parcelas mais desfavorecidas da população acerca do reconhecimento dos direitos e das situações que lhes ameaçam ou desrespeitam, representam obstáculos ao acesso igualitário à justiça e, por consequência, à inclusão na cidadania (SADEK, 2014, p. 58). Assim, aponta Maria Tereza Sadek:

Pesquisas comparativas internacionais mostram que sociedades marcadas por elevados índices de desigualdade econômica e social apresentam alta probabilidade de que amplas camadas de sua população sejam caracterizadas pelo desconhecimento de direitos. Essa característica compromete a universalização do acesso à justiça, afastando da porta de entrada todos aqueles que sequer possuem informações sobre direitos. (...)

A desigualdade de renda combinada com graves deficiências nos resultados de políticas públicas visando à garantia de direitos sociais gera uma estrutura social baseada em desigualdades cumulativas. Isto é, um sistema de exclusões alimentado por limitações na rede de proteção social e pela precariedade dos serviços públicos. Assim, as assimetrias de renda se reproduzem e impulsionam as diferenças nos graus de escolaridade, no acesso e qualidade de moradia e na saúde, enfim, em padrões de bem-estar social.” (SADEK, 2014, pp. 58-59)

A percepção dos conflitos como passíveis de resolução judicial difere de acordo com as classes sociais. Os que ocupam os níveis socioeconômicos mais elevados estão, segundo uma série de pesquisas empírico-sociológicas realizadas no Brasil e no exterior, mais propensos a compreender seus problemas como jurídicos e que, nessa qualidade, podem ser submetidos à autoridade do Poder Judiciário (FELSTINER; ABEL; SABAT, 1980; SANDEFUR, 2007, 2008, 2013; IBGE, 2010; SADEK, 2014; CUNHA (et al.), 2015; OLIVEIRA; CUNHA, 2016; GREENE, 2016).

Os diferentes obstáculos que variam segundo as classes sociais, portanto, vão além daqueles relacionados aos custos de uma demanda processual (honorários advocatícios,

custas e taxas processuais, custos da sucumbência etc.). Há uma barreira psicológica que, influenciada não apenas pela mencionada compreensão de seus problemas como “dignos” de resolução judicial, mas também por sentimentos de impotência e pelas diferenças em experiências anteriores com questões judiciais, impõe assimetrias na maneira como pessoas experienciam e respondem às situações de conflito, ocasionando diferentes consequências para aqueles em diferentes posições sociais. As pessoas são subjetivamente orientadas pelas suas percepções acerca da legitimidade e efetividade de seus direitos (SANDEFUR, 2008, pp. 347-352). Daí porque indivíduos subintegrados, cujas relações com o sistema do direito limitam-se à submissão às suas prescrições impositivas (deveres), sem que tenham acesso aos benefícios do ordenamento jurídico (direitos)<sup>110</sup>, sentem-se menos motivados a levar seus conflitos ao Judiciário; “os membros das camadas populares ‘marginalizadas’ (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou atores” (NEVES, 1994, p. 261).

Segundo Felstiner, Abel e Sarat (1980), o processo de transformação de uma ofensa em uma demanda judicial possui três fases: nomeação, responsabilização e reivindicação. Primeiro, a pessoa deve identificar a situação vivenciada como uma ofensa ou lesão a um direito (nomeação). Segundo, o acionamento da estrutura judicial depende também da transformação do que é percebido como ofensa em queixa, o que ocorre quando a atribui à conduta de outro indivíduo ou entidade (responsabilização). Por fim, na terceira fase, o indivíduo vocaliza sua queixa junto ao órgão estatal tido por competente (reivindicação).

Para os autores, apenas uma pequena parte dos conflitos se tornam reivindicações, pois muitas vezes as experiências não são percebidas como ofensivas, não são transformadas em queixas ou as queixas não são direcionadas aos responsáveis. As respostas dos indivíduos variam de acordo com suas experiências pretéritas e com a capacidade pessoal de tolerar a angústia e a injustiça. Um maior grau de tolerância decorre da falha em perceber o

---

<sup>110</sup> Sobre esse ponto, Marcelo Neves afirma: “Do lado dos subintegrados, generaliza-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefício do ordenamento jurídico, embora eles permaneçam dependentes de suas prescrições impositivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Os direitos fundamentais não desempenham papel relevante no horizonte do seu agir e vivenciar, sequer quanto à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade.” (NEVES, 1994, p. 261)

fato como uma violação de seus direitos, o que, por sua vez é induzido por determinantes sociais, tais como diferenças de classe social e grau de instrução, acesso e manipulação da informação etc. As reformas realizadas no sistema de justiça normalmente buscam maior equidade apenas no último estágio do acesso à justiça. No entanto, considerando que as iniquidades se expressam com maior intensidade nos estágios iniciais, tem-se que essas reformas apenas irão gerar vantagens adicionais àqueles que já transformaram seus conflitos em disputas (FELSTINER; ABEL; SARAT, 1980)<sup>111</sup>.

Sara Greene também demonstra que as experiências negativas anteriores com os órgãos estatais, inclusive com a justiça criminal, exercem influência sobre a decisão dos indivíduos de judicializar suas demandas. Outro fator importante de influência reside na crença de que o sucesso nas demandas judiciais está diretamente relacionado à capacidade de custear bons advogados, o que seria diferente de ter acesso aos serviços legais gratuitos. A pesquisa de Greene, realizada nos Estados Unidos a partir de entrevistas individuais, indica que membros das classes mais baixas e de grupos minoritários são, por esses motivos, menos propícios a acionar o Judiciário (GREENE, 2016). Pesquisas realizadas no Brasil indicam o mesmo padrão: a decisão de judicializar as demandas está intimamente relacionada às condições socioeconômicas dos indivíduos.

Segundo pesquisa realizada pelo IBGE com base na PNAD-2009, o percentual de pessoas que relatam ter vivenciado conflitos no período de referência é menor nas regiões norte (6,5%) e nordeste (8,2%) do que nas regiões sul (11,4%) e sudeste (9,7%). O grau de percepção dos conflitos também progride de acordo com o grau de instrução, sendo de 6,3% entre os sem instrução formal e 14,4% entre os com nível superior; e de acordo com o rendimento, sendo de 8,3% entre os com rendimento menor que  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo e de 12,7% entre os com dois salários mínimos ou mais (IBGE, 2010, p. 197). Como consequência, no universo dos que relataram ter vivenciado situações de conflito, 7,1% têm rendimento de até  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, sendo que este grupo representava 8,0% do universo de entrevistados; 26,2% têm rendimento de dois ou mais salários mínimos, sendo que este grupo representava 19,3% dos entrevistados; 7,4% não possuem instrução formal, sendo que

---

<sup>111</sup> No mesmo sentido, afirma Mario Grynszpan: “Acreditar, porém, que a simples abertura institucional, a ampliação, por si só, da oferta de serviços judiciários, será suficiente para gerar um aumento correspondente da procura, uma pronta reação positiva da população, em todos os seus setores, é tomar como dada a legitimidade da justiça, naturalizando o que, de fato, é efeito de processos históricos, sociais, de imposição, de produção. Deixa-se de perceber ainda, por essa via, que não são homogêneos na população, em absoluto, os dispositivos sociais de reconhecimento e de apropriação dos direitos e dos mecanismos disponíveis para garanti-los, bem como dos recursos de oficialização, de expressão jurídica de suas demandas.” (GRYNSZPAN, 1999, p. 102).

esse grupo representava 11,1% dos entrevistados e; 14,3% possuem ensino superior completo, grupo que representava 9,3% dos entrevistados (IBGE, 2010, pp. 194-210).

Fabiana Oliveira e Luciana Cunha, em artigo intitulado *Medindo o Acesso à Justiça Cível no Brasil*, também revelam números interessantes sobre a vivência dos conflitos e as formas de gestão e resolução adotadas<sup>112</sup>. Entre 2010 e 2014, de 45% a 50% das pessoas entrevistadas declararam já ter utilizado o Poder Judiciário. Dentre os que responderam já ter consultado um advogado, a absoluta maioria (de 73% a 88%) respondeu ter procurado um advogado particular e não a defensoria pública (OLIVEIRA; CUNHA, 2016, pp. 330-336).

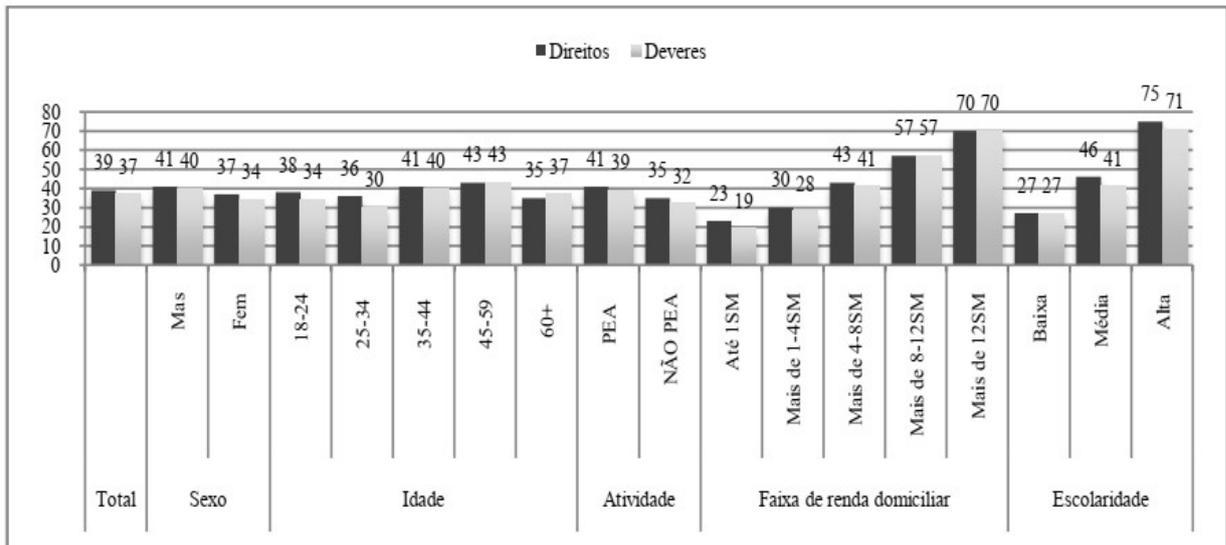
Quanto aos indicadores subjetivos de acesso à justiça, constatou-se que 12% das pessoas declararam já ter vivenciado conflitos referentes a questões de saúde pública. Nas faixas de renda de um a oito salários mínimos esse percentual não se altera significativamente, ficando entre 12% e 14%. Já entre as faixas de oito a doze e de doze ou mais salários mínimos, há uma queda para 8% e 4%, respectivamente. Em relação à escolaridade, também é significativamente maior a incidência de conflitos sobre saúde pública entre os menos escolarizados (14%) e os de média escolaridade (12%) do que entre os de alta escolaridade (3%). Isto é, os mais pobres e menos escolarizados vivenciam mais conflitos relativos à saúde pública, dado que é compatível com o perfil de usuários do SUS. Contudo, são justamente os problemas relacionados à saúde pública em que as pessoas menos buscam resolução. Dentre os entrevistados que declararam ter vivenciado conflitos desse tipo, 63% disseram não ter buscado uma solução, 17% declararam ter resolvido buscando a outra parte e apenas 1% declararam ter acionado o Poder Judiciário (OLIVEIRA; CUNHA, 2016, pp. 340-341).

Segundo as pesquisadoras, ainda, o “desconhecimento dos cidadãos acerca de seus direitos e garantias fundamentais básicos tem sido apontado por muitos estudos como o principal entrave no acesso à justiça”, de modo que os entrevistados foram questionados sobre os direitos que lhes são garantidos por lei. O resultado é demonstrado no gráfico abaixo (OLIVEIRA; CUNHA, 2016, p. 342):

---

<sup>112</sup> Assim como a pesquisa do IBGE, a pesquisa realizada no âmbito do projeto *Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJ* enfatiza “formas de mensuração que visam entender a experiência das pessoas com a vivência de conflitos potencialmente jurídicos, atentando para a demanda por equipamentos de justiça e o uso destes em sua vida cotidiana, como forma de gestão desses conflitos. Esse tipo de pesquisa se utiliza de indicadores produzidos a partir da aplicação por amostragem de *surveys* e, portanto, difere das estatísticas nacionais sobre o sistema de justiça produzidas pelo CNJ ou pelo Ministério da Justiça” (OLIVEIRA, CUNHA, 2016, p. 318).

### Entrevistados que disseram conhecer direitos e deveres previstos nas leis brasileiras (%)



113

Percebe-se, portanto, que o conhecimento acerca dos direitos e deveres é consideravelmente influenciado pelos fatores renda e escolaridade, dado que pode explicar o fato de serem os mais pobres e menos escolarizados os que mais utilizam e vivenciam conflitos no âmbito do SUS, embora não judicializem estes conflitos. Ou seja, esses indivíduos, em regra, até reconhecem as situações de violação no âmbito do SUS como conflitos relacionados à saúde pública, todavia, por não terem conhecimento de seus direitos, não identificam juridicidade nesses conflitos e, dessa forma, não os levam ao Poder Judiciário.

Os dados encontrados confirmam que o acesso à saúde através da judicialização reforça e é influenciado pelas clivagens que marcam o tecido social. Estratos inferiores da renda e de menor escolaridade, integrados pelos indivíduos que mais dependem do SUS, são justamente aqueles que, por serem prejudicados pelas relações entre desigualdade e acesso à justiça, são preteridos na adjudicação das prestações de saúde curativa realizada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido que se diz que a judicialização da saúde realiza uma sobreposição de iniquidades que, no lugar de promover a inclusão na cidadania, reforça a exclusão de grupos sociais marginalizados<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Medindo o Acesso à Justiça Cível no Brasil. *Revista Opinião Pública*, Campinas, vol. 22, n. 2, 2016, pp. 318-349.

<sup>114</sup> Nesse sentido, a opinião de Maria Tereza Sadek: “Resulta desse quadro um grave desequilíbrio, caracterizado pela distinção entre, de um lado, os que litigam em demasia, os que conhecem quais

### 3.6. Consequências da judicialização sobre a distribuição dos recursos escassos: quem são os beneficiários da judicialização da saúde no Brasil?

Na tutela jurisdicional do direito à saúde predomina a compreensão de que deve prevalecer a ampla e irrestrita concretização deste direito social quando em conflito com o que se convencionou chamar de “direitos financeiros secundários do Estado”. A questão dos conflitos distributivos é obliterada pelo voluntarismo, pela ideia de que é possível entregar tudo a todos. Seja qual for o tratamento pleiteado, seja qual for o seu custo, soa justificável movimentar a máquina estatal -tida por corrupta e ineficiente- em prol da proteção da vida humana. Não há limitação financeira que não soe circunstancial e superável diante de um imperativo moral e ético de salvar a vida de um ser humano. Há, dessa forma, “uma posição bastante disseminada no meio jurídico brasileiro (...) que enxerga o direito à saúde como um direito a atendimento à saúde, terapêutico e farmacêutico ilimitado” (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 19). Como resultado, a taxa de sucesso de demandas por medicamentos no Brasil é superior a 90% (MAESTAD, RAKNER, FERRAZ, 2011, p. 282).

Algumas decisões dos tribunais superiores são exemplificativas. Talvez a principal delas, por ser citada com frequência em fundamentações de outras decisões judiciais, é a proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Pet n.º 1.246:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Essa passagem é repetida em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal (AgRg em RE n.º 393.175, AgRg em STA n.º 175, AgRg em RE n.º 271.286, RE n.º 342.413, SS n.º 2.998, entre outras)<sup>115</sup>, bem como inspira juízes e tribunais de todo o país a tratar como

---

são seus direitos e sabem como demandá-los e, por outro, os que sequer conhecem e não reclamam seus direitos. O ingresso no Poder Judiciário contribuiria, dessa forma - por contraditório que possa parecer-, para acentuar as distâncias de natureza social e econômica, atuando como mais um elemento dentre os propulsores da situação qualificada como de desigualdades cumulativas” (SADEK, 2014, p. 60).

<sup>115</sup> Para um estudo mais detalhado da jurisprudência do STF acerca do tema, cf.: GROSS, Alexandre Felix. Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil: perspectivas da judicialização

secundária a questão da escassez de recursos. Essa posição avalia que há um antagonismo entre a questão financeira e a proteção da vida e da saúde, portanto ignora que a escassez é inerente à concretização destes direitos e que os recursos estatais, longe de serem um obstáculo, são o único caminho através do qual direitos podem ser reconhecidos e concretizados (HOLMES, SUNSTEIN, 1999).

O posicionamento dos tribunais revela uma crença na capacidade do Judiciário funcionar como uma alternativa institucional para a implementação de direitos sociais negligenciados pelos demais poderes. Em parte, essa crença resulta da escassez de pesquisas empíricas na área do direito e da concentração de esforços dos estudiosos da área em abordagens excessivamente teóricas e dogmáticas, que compreendem a arena judicial como o espaço prioritário de concretização de direitos sociais (SILVA, TERRAZAS, 2011, p. 826).

Este trabalho parte da premissa de que direitos sociais são dotados de plena eficácia e exigibilidade. As disposições constitucionais que os instituem não devem ser renegadas ao campo das eternas promessas. Sua efetivação não deve ser condenada a um futuro longínquo e incerto, sua implementação não pode depender de condições econômicas e sociais que nunca se realizam. A própria reserva do possível, diante da constatação de que a proteção de todos os direitos depende da alocação de recursos estatais escassos, perde sentido quando colocada como um obstáculo apenas aos direitos sociais. Existe, não há como negar, um direito de hierarquia constitucional a prestações de saúde curativa e preventiva que devem ser gratuitamente fornecidas pelo Estado. A questão que se coloca consiste em saber qual a melhor maneira de efetivá-lo judicialmente com equidade.

A abordagem aqui adotada é cética em relação à possibilidade de se promover uma concretização igualitária e generalizante do direito à saúde pela via judicial, assim como distancia-se do formalismo dogmático que prevalece em boa parte das obras jurídicas sobre o tema. Não se pretendeu, portanto, realizar uma avaliação normativa do texto constitucional, não se quis delimitar a abrangência do direito previsto no artigo 196, da Constituição da República. Não se trata, igualmente, de defender uma posição de condenação do ativismo e da judicialização dos direitos sociais. Ao contrário, a proposta consiste em avaliar as consequências redistributivas de um modelo específico de tutela jurisdicional dos direitos sociais, aquele que se convencionou chamar de judicialização da saúde. Esse modelo tem como característica nuclear a compreensão, generalizada entre os operadores do direito, de

---

entre escassez e políticas públicas. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 24, n. 3, mar. 2012; WANG, Daniel Wei L. Escassez de Recursos, Custos dos Direito e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. *Revista de Direito da GV*, São Paulo, vol. 8, jul./dez. 2008.

que o direito à saúde significa um direito a atendimento terapêutico e farmacêutico ilimitado<sup>116</sup>. Não há como afirmar que os resultados encontrados possam ser transpostos para outros direitos sociais, ou que o modelo de judicialização não possa ser aperfeiçoado para evitar suas consequências iníquas<sup>117</sup>.

Há evidências suficientes para acreditar que, em virtude da sua função hipertroficamente simbólica, a judicialização da saúde falha em realizar a integração jurídica igualitária dos indivíduos na esfera de exercício da cidadania. Com o deslocamento da função simbólica da constituição para a judicialização, ocorre apenas uma superação pontual e não generalizante da inefetividade. A concretização do direito à saúde mantém-se no campo das promessas para a massa de subintegrados, à medida em que oferece-se como uma oportunidade à disposição daqueles que, posicionados nos estratos socioeconômicos mais elevados, possuem melhores condições de acesso à justiça.

As incertezas acerca da possibilidade de se operar uma concretização generalizante e igualitária dos direitos sociais pela via judicial e o esgotamento das análises formalistas que imperam na dogmática jurídica, justificam a abordagem consequencialista proposta neste trabalho. O problema é enfrentado a partir da perspectiva dos custos dos direitos, segundo a qual a criação, definição, atribuição, interpretação e proteção de todo e qualquer direito depende do Estado e, portanto, da alocação de recursos estatais. Por serem esses recursos inexoravelmente escassos, a concretização de um direito fundamental quase sempre dependerá de escolhas alocativas trágicas (HOLMES; SUNSTEIN, 1999; CALABRESI,

---

<sup>116</sup> Octávio Ferraz e Fabiola Vieira afirmam que a judicialização enxerga a saúde “como um conceito unidimensional (de mera ausência de doença); as políticas de saúde são reduzidas a apenas um de seus aspectos (o atendimento médico); e é ignorado o fato de que, no mundo real, não haveria e provavelmente jamais haverá recursos suficientes para implementar universalmente (isto é, para todos) um direito à assistência à saúde ilimitado.” (FERRAZ; VIEIRA, 2009, pp. 242-243).

<sup>117</sup> Em abril de 2018, portanto durante o desenvolvimento desta pesquisa, o STJ julgou o REsp n.º 1.657.156, em que buscou contornar, pelo menos em parte, as iniquidades geradas pela judicialização. A decisão, proferida sob a sistemática dos recursos repetitivos, condiciona o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS à: “i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e; iii) existência de registro na ANVISA do medicamento”. A decisão representa, inegavelmente, uma reflexão do Poder Judiciário sobre o tema. Todavia, seria prematuro afirmar seu impacto sobre as iniquidades da judicialização ou sequer se ocasionará uma inflexão na postura das instâncias inferiores. A decisão proferida pelo STF na STA n.º 424 em abril de 2010 já havia determinado condicionantes semelhantes para a entrega de medicamentos. No entanto, não se constatou uma alteração na posição do Judiciário que, continuando a se utilizar de fundamentações formalistas/dogmáticas na análise dos casos, perpetua o entendimento de que há um direito de todos a toda e qualquer terapia.

BOBBITT, 1978). O que se propõe é que se reflita sobre as consequências redistributivas dessas escolhas, tendo por parâmetro a fruição igualitária do direito à saúde.

A escassez, como visto, foi tensionada pela promulgação da E.C. n.º 95/16. A pressão imposta pela judicialização no orçamento da saúde, especialmente sobre o gasto com medicamentos de alto custo, gera externalidades negativas sobre uma série de outras demandas de saúde que, em razão da limitação orçamentária imposta pelo teto de gastos, poderão ser represadas. Ou seja, “pode-se chegar a uma situação em que o gasto com medicamentos passa a comprometer mais significativamente a disponibilidade de recursos federais para a oferta de outros bens e serviços de saúde” (IPEA, 2018c, p. 30).

Ao adjudicar individualmente prestações de saúde curativa, se recusando a refletir sobre os critérios adotados nesses conflitos distributivos, a atuação judicial pode agravar as iniquidades pré-estabelecidas. Assim, a pesquisa objetivou investigar as consequências desse modelo de judicialização sobre a equidade no acesso à saúde. Nesse sentido é que se trata de uma análise consequencialista, pois preocupa-se com as consequências empíricas do objeto de estudo, tendo por parâmetro a justa e igualitária fruição do direito à saúde.

A avaliação consequencial requer do pesquisador uma especial atenção sobre dados empíricos. Por esse motivo, buscou-se fundamentar os argumentos aqui apresentados em pesquisas empíricas realizadas por órgãos e instituições confiáveis como o IPEA, o FMI, a OMS e o IBGE, dentre outras; assim como por pesquisadores das mais diferentes áreas do conhecimento, especialmente do Direito e do sanitarismo, mas também da ciência política, da sociologia, da economia e da filosofia. Os achados dessa abordagem interdisciplinar reforçaram a relevância da pergunta que serviu de base para a pesquisa: o modelo de judicialização ampla e irrestrita, construído pelos tribunais a partir dos anos 1990, promove equidade ou acentua as iniquidades percebidas no campo do acesso à saúde?

Mas há uma outra justificativa, talvez ainda mais relevante, para o tema-problema adotado. Como bem observado por Thomas Piketty:

(...) haverá sempre uma dimensão subjetiva e psicológica na questão da distribuição da riqueza, e isso inevitavelmente leva a conflitos políticos que nenhuma análise que se pretenda científica saberia atenuar. A democracia jamais será suplantada pela república dos especialistas – o que é muito positivo.

Ainda assim, a questão da distribuição merece, também, ser estudada de modo sistemático e metódico. Na falta de fontes, métodos e conceitos

bem definidos, é possível dizer qualquer coisa e, da mesma forma, seu oposto. (PIKETTY, 2014, pp. 10-11)

Piketty nos ensina que a pesquisa na área das ciências sociais, embora deva ser sistemática e metódica, não tem a pretensão de se igualar às ciências exatas. No entanto, afirma, “ao procurar com cuidado fatos e regularidades e ao analisar de modo sóbrio os mecanismos econômicos, sociais e políticos que os expliquem, ela pode tornar o debate democrático mais bem informado e dirigir a atenção para as questões corretas” (PIKETTY, 2014, p. 11). Embora se referisse ao estudo da distribuição da renda, seus ensinamentos podem ser, sem nenhuma dúvida, transpostos para a distribuição de um outro fruto da cooperação social: a saúde. E outro não é o objetivo deste trabalho, senão, dirigindo a atenção para as questões corretas, procurar compreender as consequências redistributivas da resposta que o sistema de justiça oferece (judicialização) para o grave problema da inefetividade deste direito social.

Dirigir a atenção para as perguntas corretas em um país tão desigual quanto o Brasil significa se dedicar a compreender as causas do sofrimento daqueles que estão à margem da cidadania, e que, por esse motivo, são rotineiramente olvidados nos espaços decisórios, sejam eles políticos ou jurídicos.

A desigualdade no Brasil é intensa e perversa. A depender da metodologia empregada, nosso país pode figurar no topo do ranking global da concentração de renda, inclusive à frente de países governados por regimes autoritários, como as monarquias árabes<sup>118</sup>. Segundo estudo realizado por Marcelo Medeiros, Pedro Souza e Fábio Castro, com base nas declarações de imposto de renda do período 2006-2012, os 0,1%, 1% e 5% mais ricos apropriam, respectivamente, 11%, 25% e 44% da renda nacional (MEDEIROS; SOUZA; CASTRO, 2015, p. 18). A pesquisa concluiu que no período analisado, ao contrário do que se acreditava, não se observou uma queda da concentração de renda entre os mais ricos. Os autores afirmam que “a concentração de renda no topo é impressionante. Não

---

<sup>118</sup> Segundo o *World Inequality Database*, quando analisada a concentração da renda dos 1% mais ricos, o Brasil (28,3%) é o 1º colocado dentre os países analisados, figurando à frente da Arábia Saudita (19,7%), Iran (16,3%), Turquia (23,4%), Zâmbia (23,2%), Iraque (22%), Estados Unidos (20,2%), Índia (21,3%) e Rússia (20,2%), por exemplo. Disponível em: [https://wid.world/world/#sptinc\\_p99p100\\_z/US:FR:DE:CN:ZA:GB;WO:BR/last/eu/k/p/yearly/s/false/4.5255/40/curve/false/country](https://wid.world/world/#sptinc_p99p100_z/US:FR:DE:CN:ZA:GB;WO:BR/last/eu/k/p/yearly/s/false/4.5255/40/curve/false/country). Acesso em 19/11/2018.

importa como a medida seja construída, a desigualdade que ela expressa é extremamente alta e não dá sinais claros de mudança” (MEDEIROS; SOUZA; CASTRO, 2015, p. 21)<sup>119</sup>.

Sérgio Gobetti e Rodrigo Orair, pesquisadores do IPEA, elaboraram estudo que corrobora a conclusão de que a concentração de renda tem se intensificado no Brasil. O crescimento do rendimento do capital superou, ao longo dos últimos anos, o do rendimento do trabalho, bem como a carga tributária regressiva desfavorece os níveis inferiores da renda. Há, segundo os pesquisadores, um duplo movimento de concentração no topo e alargamento da base, “fenômeno este compatível com a ideia de achatamento relativo da renda das classes médias (entre 3 e 20 salários mínimos, por exemplo)”. Ainda, concluíram que um total de 0,3% dos indivíduos declarantes, ou 0,05% da população economicamente ativa, detinham em 2013 um patrimônio líquido que correspondia a 23% do total, e obtiveram uma renda que correspondia a 14% do total, esta formada principalmente por rendimentos isentos (GOBETTI; ORAIR, 2016, pp. 14-15).

O *World Inequality Lab - WIL*, em relatório sobre a desigualdade global publicado em 2018, também concluiu que os níveis de desigualdade de renda no Brasil têm se mantido estáveis em níveis muito elevados. Com 55,6% da renda nacional concentrada nos 10% mais ricos da população, o Brasil se situa no grupo da “fronteira da desigualdade”, ao lado dos países do Oriente Médio e da África Subsaariana (WIL, 2018, pp. 5-6). Segundo o *World Inequality Database*<sup>120</sup>, os 1% e 10% mais ricos detém 28,3% e 55,6% da renda, o maior nível de concentração dentre os países pesquisados. Já um estudo do *Credit Suisse* aponta que 44% da renda nacional é apropriada por 1% da população brasileira (CREDIT SUISSE, 2017, p. 63).

O IBGE assinala que 25,4% dos brasileiros vivem com menos de 5,5 dólares por dia, valor utilizado pelo Banco Mundial para medir a pobreza extrema nos países da América

---

<sup>119</sup> Medeiros, Souza e Castro encontraram resultados diferentes daqueles das pesquisas realizadas com informações domiciliares (PNAD e POF). A razão, acreditam, é que no topo da distribuição existe uma tendência de subestimação da renda em entrevistas domiciliares, o que ocorre com menor intensidade nas declarações tributárias. Além disso, as pesquisas realizadas com base na PNAD e na POF podem ter identificado uma queda na desigualdade que decorreria de uma melhoria na distribuição entre os estratos inferiores e intermediários, mantendo-se inalterada a situação dos estratos superiores, em razão de os mais ricos serem mais resistentes à queda da desigualdade que os demais (MEDEROS, SOUZA, CASTRO, 2015, p. 25).

<sup>120</sup> O *World Inequality Lab* reúne pesquisadores e projetos baseados na *École d'économie de Paris*, supervisionados por Thomas Piketty, Facundo Alvaredo, Lucas Chancel, Emmanuel Saez e Gabriel Zucman. O laboratório coordena uma equipe de mais de cem pesquisadores que recolhem dados de mais de setenta países. Seu objetivo é promover pesquisas sobre a dinâmica da desigualdade global e seu principal projeto é o *World Inequality Database*, base que reúne dados sobre a evolução da desigualdade de renda no mundo. Disponível em <https://wid.world/world-inequality-lab/>. Acessado em 19/11/2018.

latina. Esse percentual chega a impressionantes 64% entre as mulheres pretas ou pardas sem cônjuge e com filho(s) (IBGE, 2017, p. 67).

Segundo a Oxfam Brasil, o índice de Gini da renda familiar *per capita*, que vinha caindo desde 2002, estagnou entre 2016 e 2017, demonstrando um retrocesso na redução das desigualdades. Entre 2016 e 2017 a metade mais pobre da população teve uma queda de 3,5% em seus rendimentos de trabalho, enquanto os 10% mais ricos experimentaram um aumento de quase 6% (OXFAM BRASIL, 2018, p. 18).

Portanto, seja qual for o método ou a entidade responsável pela pesquisa, o Brasil ostenta níveis alarmantes de desigualdade de renda. Tamanha disparidade, como não poderia deixar de ser, reflete-se nas condições de saúde dos indivíduos. Aqueles localizados nos estratos sociais inferiores experimentam piores taxas de morbimortalidade, isto é, estão submetidos a maiores riscos de adoecer e morrer precocemente. A estratificação socioeconômica, por exercer forte influência sobre as condições de vida e de trabalho, provoca diferenciais de saúde. Renda, escolaridade, condições de moradia, local de residência, gênero, cor da pele e desemprego são determinantes sociais de saúde e doença.

Outra importante relação é a que se estabelece entre o nível de desigualdade de renda das sociedades e as condições de saúde da população. Estudos apontam que sociedades mais igualitárias experimentam melhores níveis de saúde dos que os de sociedades menos igualitárias em igual ou até em melhor patamar de desenvolvimento econômico.

Essas diferenças, por serem injustas e redutíveis, devem ser tratadas como iniquidades. Conseqüentemente, e considerando a concepção de justiça material adotada, devem ser combatidas pelo sistema de saúde. O gasto em saúde deve ser igualitário, dirigido por uma concepção de justiça distributiva. E de fato, verificou-se que o gasto social em saúde no Brasil é marcado pela sua progressividade, opera uma redistribuição de recursos dos mais ricos para os mais pobres que atenua a desigualdade inicial e aquela decorrente da regressividade da matriz tributária. Apesar de seu inegável subfinanciamento, o SUS, por ser prioritariamente utilizado pelos mais pobres, exerce um importante papel redistributivo, incluindo setores marginalizados da sociedade na esfera de exercício da cidadania.

O SUS, contudo, sofre com o impacto da judicialização. Intensificaram-se, desde os anos 1990, decisões judiciais que, ao determinar a entrega de prestações de saúde curativa a litigantes individuais, transferem para o Poder Judiciário o eixo decisório das políticas públicas. Essa alteração tem atraído a crítica de pesquisadores que se dedicam a estudar o impacto sobre a eficiência e a sustentabilidade das políticas públicas de saúde. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é avaliar as conseqüências redistributivas da judicialização da saúde.

Verificado que as iniquidades em saúde estão correlacionadas às clivagens socioeconômicas e que o SUS e o gasto em saúde exercem um importante papel em atenuá-las, justifica-se pergunta acerca do impacto da judicialização. Pretende-se, assim, testar a hipótese da judicialização pelas elites, segundo a qual os estratos sociais superiores são os que mais se beneficiam da atuação judicial, em detrimento justamente dos mais desfavorecidos, que são prejudicados por suas externalidades negativas.

### **3.7. A judicialização da saúde como agente potencializador do acesso desigual às prestações de saúde**

Em 19 de outubro de 2018 o jornal O Popular, publicado no Estado de Goiás, noticiou que um desembargador aposentado, cuja média salarial mensal ultrapassa R\$ 49 mil líquidos, obteve judicialmente o direito de receber um medicamento que custa R\$ 2 mil por mês ao Erário<sup>121</sup>. Em 2018 o Estado de Goiás gastou mais de R\$ 39 milhões com medicamentos entregues por decisões judiciais, além de mais de R\$ 66 milhões via termo de cooperação técnica firmado com o Ministério Público para a dispensação de medicamentos de alto custo não previstos nos protocolos do SUS, totalizando mais de R\$ 105 milhões. Em 2017, foram gastos mais de R\$ 107 milhões para tal finalidade, quantia que equivaleu a 71% do gasto total com medicamentos naquele ano (R\$ 150 milhões)<sup>122</sup>.

Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU), o gasto do Ministério da Saúde com a entrega judicial de medicamentos saltou de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015, representando um aumento real de 1.300% em sete anos. Nos Estados analisados, São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina, o gasto em 2014 foi de, respectivamente, R\$ 394 milhões, R\$ 221 milhões e R\$ 156 milhões (TCU, acórdão n.º 1.787/2017, pp. 19-21) .

Entre 2010 e 2015, R\$ 2,7 bilhões foram gastos pela União com a judicialização de medicamentos. Mais de 54% desse valor (R\$1,49 bilhão) foi utilizado para adquirir três medicamentos, Elapraxe®: idursulfase; Naglazyme®: galsulfase; e Soliris®: eculizumabe. No caso do Naglazyme®, o custo médio por paciente superou R\$ 1 milhão de reais por ano. Nenhum desses medicamentos consta das listas de dispensação gratuita do SUS e dois deles

---

<sup>121</sup>Disponível em: <https://www.opopular.com.br/editorias/politica/magistrado-ganha-na-justi%C3%A7a-direito-a-rem%C3%A9dio-do-sus-1.1644066>. Acesso em 20/11/2018.

<sup>122</sup> Dados disponíveis no Portal da Transparência do Estado de Goiás: <http://www.transparencia.go.gov.br/portaldatransparencia/gastos-governamentais/execucao-orcamentaria>. Acesso em 20/11/2018.

não possuem sequer registro na ANVISA, isto é, são entregues apenas aos que obtêm ordens judiciais. Ainda de acordo com o TCU, o valor gasto em 2014 apenas com os medicamentos Soliris e Naglazyme, adquiridos em cumprimento a ordens judiciais, correspondeu a 30% dos empenhos liquidados com a ação “promoção da assistência farmacêutica e insumos estratégicos na atenção básica” e 233% da ação “promoção da assistência farmacêutica e insumos para programas de saúde estratégicos” (TCU, acórdão n.º 1.787/2017, p. 31)

Os montantes são significativos e a tendência de crescimento impõe uma pressão sobre o gasto com medicamentos que, em razão da imposição do teto de gastos (E.C. 95/16), afetará cada vez mais outras áreas do orçamento da saúde. Ou seja, é possível que outras políticas públicas sejam redimensionadas ou até descontinuadas em virtude do crescimento exponencial dos recursos destinados a entrega de medicamentos. Na disputa por recursos agravada pela E.C. 95/16, aqueles respaldados por decisões judiciais individuais contarão com uma determinante vantagem competitiva.

Também de acordo com o TCU, as demandas são, em maioria absoluta, individuais, sendo que são significativamente maiores os números dos Estados das regiões sul e sudeste, onde também é maior o IDH médio. Em Santa Catarina, por exemplo, são trinta e um processos tramitando na Justiça Federal para cada grupo de cem mil habitantes, enquanto esse número é de apenas um em Estados como Rondônia, Roraima, Maranhão, Acre e Pará (TCU, acórdão n.º 1.787/2017, p. 18).

Octávio Ferraz, em pesquisa realizada a partir da base de dados do Ministério da Saúde, concluiu que 85% das ações judiciais estão concentradas nos estados do sul e sudeste, cuja população representa apenas 56,8% do total. A proporção de ações judiciais por habitantes encontrada foi de 1/177.704 no nordeste e de 1/11.902 na região sul. No Rio Grande do Sul essa proporção é de 1/1.393, enquanto na Bahia é de 1/125.973. Ainda, os dez estados com maior IDH concentram 93,3% das demandas, deixando os outros dezessete com apenas 6,7% (FERRAZ, 2011a, pp. 87-89).

Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Terrazas sustentam que a judicialização não se apresenta como uma voz institucional dos mais pobres, que são marginalizados não apenas no processo político, mas também no acesso ao Judiciário (SILVA; TERRAZAS, 2011, p. 826). A pesquisa realizada pelos autores coletou dados a partir de questionários aplicados a litigantes na cidade de São Paulo. Dentre os resultados encontrados, verificou-se que 60,63% das receitas médicas que embasaram as ordens judiciais originavam de hospitais ou clínicas privadas, enquanto apenas 13,2% da rede pública “ordinária”. As demais (26,25%) eram de hospitais públicos de referência, que costumam ser utilizados também pelos estratos sociais

mais elevados. Advogados privados são os que mais patrocinam as causas (38,75%), em seguida os advogados públicos (30,63%) e, por fim, associações ou organizações civis (21,25%)<sup>123</sup>. A maior parte dos entrevistados (60%) declarou não ser usuário do SUS. Por fim, a distribuição das demandas entre os estratos da renda se mostrou uniforme. No entanto, quando desagregados os dados, percebeu-se que a incidência de beneficiários de medicamentos oncológicos é significativamente maior entre os mais ricos, assim como a absoluta maioria das receitas médicas tinha origem na rede privada (84,38%). O dado é relevante, na medida em que medicamentos oncológicos são extremamente caros, portanto todos os pacientes, independentemente de sua classe social, dependem da sua dispensação gratuita; e o câncer, a princípio, não está relacionado aos determinantes sociais. Ou seja, a análise da demanda por medicamentos oncológicos expõe dados mais fidedignos (SILVA; TERRAZAS, 2011, pp. 826-842).

O cruzamento dos dados permitiu a identificação de dois grupos distintos: o primeiro, formado por indivíduos de baixa renda, com receituário proveniente da rede pública e demandas ajuizadas por advogados públicos, normalmente pleiteia medicamentos mais baratos; o segundo, formado por indivíduos de renda mais elevada, com receituário da rede privada e patrocinados por advogados também privados, costuma demandar medicamentos de custo extremamente elevado (SILVA; TERRAZAS, 2011, p. 843).

Marcelo Medeiros, Debora Diniz e Ida Schwartz debatem a tese da *judicialização da saúde pelas elites* ao avaliar demandas por medicamentos para tratamento da mucopolissacaridose (MPS), que estão entre os mais caros do país (média de R\$ 1,1 milhão de reais por paciente no período analisado), têm sua produção monopolizada por uma única empresa farmacêutica e não são disponibilizados pelo SUS<sup>124</sup>. Constatou-se que a maior parte dos demandantes (79%) foi representada por advogados privados e que três desses advogados são responsáveis por demandas que correspondem a mais da metade do gasto do Ministério da Saúde com esses medicamentos. Ainda, não havia uma correlação entre o local de residência ou a origem dos pacientes e o local de atuação desses advogados, “o que sugere a existência de algum tipo de rede que coloca em contato pacientes e advogados”. Segundo os

---

<sup>123</sup> A maioria dos entrevistados afirmou não saber o nome e o endereço das associações, bem como não pagaram os honorários advocatícios e demais custos das demandas. Esse dado pode indicar que essas associações possuem patrocínio externo, possivelmente da indústria farmacêutica (SILVA, TERRAZAS, 2011, p. 844).

<sup>124</sup> De fato, quando realizada a pesquisa (2013) os medicamentos não estavam na lista de dispensação gratuita. Contudo, dois deles (laronidase e a idursulfase alfa) foram incorporado em junho de 2018. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43678-sus-incorpora-novos-tratamentos-para-doencas-raras>. Acesso em 26/11/2018.

pesquisadores, embora as evidências empíricas sejam insuficientes para uma afirmação categórica, “uma hipótese que merece ser cogitada é a de que essa rede seria financiada pela indústria farmacêutica ou pelos distribuidores dos medicamentos” (MEDEIROS, DINIZ, SCHWARTZ, 2013, pp. 1.090-1.094). Contudo, ao final, concluem não ser possível, a partir do caso da judicialização da MPS, confirmar ou refutar a tese da judicialização pelas elites. A utilização da advocacia privada, o local de residência dos pacientes e o uso de serviços públicos ou privados de saúde não seriam, nesse caso, bons indicadores de classe, uma vez que são fortes os indícios de existência de uma rede que liga hospitais universitários de referência, pacientes e advogados privados, e, ainda, de uma migração espacial de características específicas em busca de tratamento médico especializado para a doença (MEDEIROS, DINIZ, SCHWARTZ, 2013, p. 1.096).

Um estudo realizado a partir de ações judiciais propostas no Estado de Minas Gerais identificou que 70,5% dos pedidos baseavam-se em receitas do sistema privado de saúde, e que 60,3% dos demandantes eram representados por advogados privados. Dos medicamentos requeridos, 56,7% não integravam as listas de dispensação da Secretária Estadual de saúde, dos quais 79% possuem alternativa terapêutica (MACHADO (et al.), 2011, p. 593). Segundo os pesquisadores, “esses resultados sugerem que os pacientes que recorrem ao Poder Judiciário podem ter melhores condições socioeconômicas”, o que corrobora “estudos que constataram maior proporção de pacientes com menor grau de exclusão social” (MACHADO (et al.), 2011, p. 594).

Fabiola Vieira e Paola Zucchi, analisando processos movidos em face do Município de São Paulo, concluíram que, embora a maior parte dos pedidos estivessem embasados em receitas do SUS (59%), 63% dos demandantes residiam em regiões do Município de São Paulo com menor grau de exclusão social (VIEIRA; ZUCCHI, 2007, p. 219). Por outro lado, a maioria das demandas foi veiculada por advogados privados (54%), o que poderia indicar, segundo os pesquisadores, que “os serviços do SUS estejam sendo usados para a transcrição de prescrição que tenha sido inicialmente feita por serviço privado, com o propósito de impetrar a ação judicial contra a SMS-SP” (VIEIRA; ZUCCHI, 2007, p. 220). Os dados permitiram aos autores inferir que “indivíduos menos carentes de proteção social que estão movendo ações contra o poder público municipal e instala a dúvida sobre o descumprimento das ações de equidade proposta pelo SUS” (VIEIRA; ZUCCHI, 2007, p. 221).

Ana Luiza Chieffi e Rita Barata analisaram demandas por assistência farmacêutica contra o Estado de São Paulo e identificaram que 74% delas foram patrocinadas

por advogados privados e 47% das prescrições médicas eram de unidades do SUS (CHIEFFI; BARATA, 2009, pp. 1.841-1.842). A maioria dos pleiteantes (51%) eram residentes de regiões da cidade de São Paulo consideradas de nenhuma ou muito baixa vulnerabilidade social. Apenas nessas regiões o percentual de litigantes foi superior à representatividade dessa população na cidade, de apenas 25% (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1.842). Também é significativamente maior o número de demandantes residentes nas áreas menos desfavorecidas da cidade em relação aos pedidos de medicamentos mais caros (medicamentos oncológicos, medicamentos não disponíveis para venda no mercado nacional e medicamentos imunobiológicos). Demandantes residentes em áreas mais desfavorecidas são maioria nos pedidos por medicamentos básicos e insulinas fornecidas nas unidades de saúde (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1.845). Este achado é compatível com o encontrado por Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Terrazas (SILVA; TERRAZAS, 2011) e corrobora a hipótese de que indivíduos mais ricos tendem a pleitear medicamentos mais caros<sup>125</sup>. Segundo as pesquisadoras, “esses dados demonstram que a população com maior poder aquisitivo é que está se beneficiando do resultado das ações judiciais” (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1.846).

Octávio Ferraz e Daniel Wang utilizaram dados empíricos, coletados também na cidade de São Paulo, sobre o perfil socioeconômico dos litigantes e os tipos de prestações de saúde requeridos, para testar a hipótese de que a ampliação do acesso à justiça poderia tornar os tribunais um canal institucional de vocalização das demandas dos mais carentes (FERRAZ; WANG, 2013). Para tanto, avaliaram exclusivamente demandas proposta pela Defensoria Pública (DP) e pelo Ministério Público (MP). Verificou-se, por exemplo, ser significativamente mais baixa a taxa de sucesso do MP, o que foi atribuído ao fato de que suas demandas eram, em regra, coletivas e atacavam problemas estruturais, portanto contavam com menor simpatia do Poder Judiciário (FERRAZ; WANG, 2013, p. 172)<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Segundo Chieffi e Barata, “nesses estratos, a média de idade (em anos), o rendimento nominal médio (em Reais) e a escolaridade do responsável pelo domicílio são maiores que para os demais estratos, segundo dados da Fundação Seade. A situação sugere que o envelhecimento da população, melhores condições sócio-econômicas e o acesso à informação aumentem os pedidos de medicamentos oncológicos”. Ainda, “as insulinas do grupo 2, fornecidas pelo Ministério da Saúde (tratamento padrão para o paciente insulínico dependente), concentram os pedidos entre os pacientes residentes nos estratos 3 (29%). Porém, as insulinas especiais (grupo 4) estão concentradas no estrato 2 (39%), demonstrando novamente que o nível sócio-econômico mais elevado e o maior acesso à informação estão relacionados com as prescrições mais sofisticadas dos medicamentos”(CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1.847).

<sup>126</sup> Segundo os autores: “De maneira geral, é possível afirmar que quanto maior o impacto político e econômico mais cauteloso será o Poder Judiciário (em especial, tribunais superiores) ao rever decisões administrativas e políticas. Isso pode ser explicado pelo fato de que, nesses casos estruturais, o Poder Judiciário possui menos clareza acerca das eventuais consequências de sua decisão ou que o ativismo judicial nesses casos pode colocá-lo em grave conflito com os poderes

Ao comparar os locais de residência com o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e com o Índice de Necessidade em Saúde (INS), concluiu-se que a percentagem de representados pela DP residentes em bairros de baixo IDH e alto INS é equivalente ao percentual dessas pessoas na população em geral. Ou seja, não se verificou uma prioridade aos indivíduos residentes em regiões menos favorecidas nas ações propostas pela DP (FERRAZ; WANG, 2013, pp. 174-175).

Já entre os casos movidos pelo MP, apenas um, que demandou transporte gratuito para mulheres grávidas de baixa renda, foi claramente voltado aos mais pobres. Quanto aos casos em que o MP pretendeu obrigar o Estado a melhorar as condições de unidades de saúde, 23% dessas unidades se localizavam em bairros de IDH alto, que concentram apenas 4% da população da cidade; bairros com IDH reduzido, onde vivem 54% da população, foram beneficiados por 45% das demandas e; bairros com IDH médio, onde vivem 42% da população, foram representados por 32% das demandas (FERRAZ; WANG, 2013, p. 178). Quando considerado o INS, a atuação do MP parece ainda mais iníqua, tendo em vista que apenas 27% das demandas pretendiam beneficiar bairros de INS elevado, onde residem 44% da população (FERRAZ; WANG, 2013, pp. 178-179). Ou seja, “unidades de saúde em bairros com baixo desenvolvimento humano e elevadas necessidades em saúde estão sub-representadas no litígio patrocinado pelo MP”, o que indica que “elas atraem, por algum motivo, pouca atenção” (FERRAZ; WANG, 2013, p. 179).

Os diversos estudos empíricos analisados corroboram a hipótese levantada, de que a judicialização da assistência farmacêutica favorece os estratos socioeconômicos mais privilegiados e, dessa forma, reforça as iniquidades em saúde. As pesquisas permitem inferir que há uma relação de causalidade entre a judicialização e o dado disponibilizado pelo IPEA, segundo o qual, dentre todos os gastos federais com saúde, o com medicamentos foi o único que apresentou perfil regressivo, beneficiando os níveis intermediários e finais da renda (cf. item 3.3).

As evidências encontradas apontam que o modelo de judicialização ampla, irrestrita e individualista está agravando as iniquidades em saúde no Brasil. Ao fechar os olhos para os conflitos distributivos, magistrados se valem de critérios irracionais,

---

políticos. Talvez seja essa a razão pela qual as causas de pequeno porte – por exemplo, ações individuais apresentadas pela DP – possuem maior chance de sucesso do que os casos estruturais, regra que também se aplica a casos individuais apresentados por advogados particulares. Claro que casos individuais, quando considerados em conjunto, também podem gerar um impacto significativo em políticas e orçamentos públicos, especialmente quando há milhares deles, muito embora esse potencial efeito indireto de casos individuais não pareça preocupar os juízes.” (FERRAZ; WANG, 2013, p. 172)

inconscientes e aleatórios para realizar escolhas alocativas trágicas. Portanto, na competição pelos recursos escassos instaurada no Judiciário, são privilegiados os litigantes em detrimento daqueles que, resignados com as condições e protocolos do SUS, desconhecem seus direitos e, por isso, não identificam as situações violadoras como conflitos judicializáveis.

A um sistema público de saúde pautado constitucionalmente pela equidade compete atenuar as disparidades em saúde que, determinadas pelas desigualdades socioeconômicas, sejam injustas e evitáveis. E o gasto público em saúde amortece, pelo menos em parte, a injustiça social de um dos países mais desiguais do mundo. Apesar de seu inegável subfinanciamento, o sistema público de proteção à saúde promove arranjos sociais materialmente mais igualitários, incluindo setores marginalizados da sociedade na esfera de exercício da cidadania. Compreendida a judicialização como uma via cada vez mais utilizada de acesso à assistência farmacêutica gratuita, natural que suas escolhas redistributivas fossem, também, pautadas pelo combate às iniquidades em saúde.

Acontece que os determinantes sociais das iniquidades em saúde são os mesmos que condicionam as desigualdades de acesso à justiça. A clivagem socioeconômica que, por definir as condições de vida e trabalho dos indivíduos, provoca diferenciais de saúde, também condiciona o acesso desigual à justiça. Os que, estatisticamente, menos judicializam os conflitos que vivenciam, são justamente os que pertencem à massa de subintegrados, de excluídos da cidadania.

Submetidos a piores condições de vida, experienciando piores índices de morbimortalidade, excluídos da saúde complementar privada pelo código econômico do ter/não ter, lhes resta apenas um sistema de saúde público profundamente prejudicado pelo subfinanciamento. A estes resta observar a judicialização simbólica, o último estágio da avalanche de iniquidades que lhes é imposta: o direito à saúde, promessa constitucional cuja efetividade é eternamente postergada, é assegurado por decisões judiciais, mas não para todos, não com igualdade. Aos subintegrados persistem problemas como a falta de saneamento básico e de tratamento médico básico adequado, o que lhes impõe o adoecimento e, muitas vezes, a morte precoce por doenças que, para os mais ricos, ficaram no passado. Aos sobreintegrados, o Estado paga tratamentos caríssimos, os mais modernos e eficazes, algumas vezes no exterior, em países que, embora mais ricos e desenvolvidos, não os oferecem no sistema público. Em outras palavras, para muitos dos brasileiros, aqueles que não acionam o Poder Judiciário, oferece-se um sistema de saúde eternamente limitado pelo subfinanciamento; para outros, oferece-se o estado da arte da medicina terapêutica, e pior, às custas dos já escassos recursos do SUS.

Os que se utilizam da via judicial não o fazem para acessar o sistema de saúde, não o fazem para que lhes seja garantido um tratamento que, fornecido ordinariamente ao restante da população, lhes é negado por alguma discriminação odiosa. Ao contrário, em regra, a judicialização entrega ao litigante aquilo que não é oferecido aos demais: 97% das demandas referem-se a medicamentos (MAESTAD, RAKNER, FERRAZ, 2011, p. 283) e a maior parte dos recursos é utilizada na compra daqueles de alto custo. Este cenário conduz a algumas perguntas: por que são significativamente menores as demandas por internação hospitalar e cirurgias no SUS? Por que pacientes dos estratos mais elevados da renda vão o Judiciário pleitear medicamentos mas não consultas, internações, cirurgias e outros procedimentos médicos?

Pode-se levantar algumas hipóteses – cuja confirmação, naturalmente, dependeria de pesquisas mais abrangentes. Uma delas é a de que apesar de os mais pobres comprometerem parcela significativa da renda com medicamentos não dispensados gratuitamente, o seu baixo custo (em termos absolutos) não compensa a judicialização<sup>127</sup>. Famílias do primeiro e segundo quintis da renda gastam mais com analgésicos, antigripais e anti-inflamatórios (GARCIA (et al.), 2013, p. 1609), medicamentos cujos custos não justificam o ajuizamento de uma ação judicial. Apenas medicamentos mais caros são judicializados e, frequentemente, apenas os grupos sociais mais favorecidos, em razão da assimetria de informações, têm conhecimento da sua existência e da possibilidade de obtê-los judicialmente.

Por outro lado, medicamentos, sejam eles fornecidos pelo SUS ou adquiridos no mercado, possuirão sempre a mesma qualidade. Ao contrário das internações hospitalares, consultas médicas, cirurgias eletivas etc, que no SUS, em razão da escassez de recursos, não são atrativas àqueles que têm acesso à saúde complementar privada. Para os que possuem acesso a planos de saúde privados, não é interessante se submeter ao atendimento em unidades hospitalares do SUS, mas é extremamente vantajoso obter, pela via judicial, medicamentos de alto custo que, nesse caso, serão custeados com recursos do SUS.

---

<sup>127</sup> No Brasil, apenas 10% do gasto com medicamentos é realizado pelo Estado, sendo os 90% restantes custeados pelas famílias (IPEA, 2018c, p. 10). Entre os mais pobres, o comprometimento da renda com saúde chega a 22%, dos quais até 73% destinam-se à aquisição de medicamentos. Entre os mais ricos, esses percentuais são de 8% e 24%, respectivamente (SILVEIRA; OSÓRIO; PIOLA, 2002, pp. 727-729).

## CONCLUSÃO

Não foi o objetivo deste trabalho fornecer uma teoria de justiça distributiva para nortear a tutela judicial do direito à saúde. Também não se propôs a enfrentar todos os conflitos morais que permeiam a judicialização da saúde.

O escopo consistiu em abordar as consequências redistributivas da judicialização, estas marcadas pela intensificação das iniquidades em saúde. A questão das iniquidades e da regressividade da realocação de recursos realizada pela judicialização representa apenas um dos enfoques possíveis, o que pretende avaliar os seus impactos sociais. Há outras questões éticas e morais tão ou mais complexas que se apresentam na intersecção entre o sistema de saúde e o sistema de justiça. Todas essas questões devem ser levadas em consideração durante a difícil tarefa de, ao tentar concretizar o direito à saúde, escolher quem deve e quem não deve receber aquilo que pleiteia.

As demandas que se apresentam ao Poder Judiciário são, por natureza, trágicas. Aqueles que utilizam a alternativa judicial, seja qual for a situação socioeconômica individual, estão sempre em situação de vulnerabilidade. Grande parte dos litigantes foi diagnosticada com doenças graves, raras e incuráveis. Os tratamentos oferecidos, por sua vez, são extremamente caros, alguns chegam a custar mais de um milhão de reais por ano. Não é simples dizer não a essas pessoas. Não se pode negar o tratamento com base em análises reducionistas e julgamentos utilitaristas. Porém, não se pode deixar enganar pela ilusão de que é possível entregar tudo a todos. A questão é complexa sob todos os pontos de vista e deve ser tratada como tal.

Este trabalho procurou avaliar a questão da equidade no acesso à saúde a partir de duas perspectivas: a do financiamento e a do gasto com ações e serviços de saúde. De um lado, verificou-se que as escolhas realizadas no âmbito da nossa matriz tributária fazem com que os mais pobres contribuam proporcionalmente mais com o financiamento das ações e serviços de saúde. Por outro lado, o SUS exerce um importante papel redistributivo, na medida em que é majoritariamente usufruído pelas camadas mais desfavorecidas da população, atenuando as consequências perversas da regressividade da matriz tributária e promovendo arranjos sociais materialmente mais igualitários. Ocorre que, ao que tudo indica, a judicialização tem atuado na contramão dos esforços em prol da equidade em saúde, operando uma redistribuição dos recursos do sistema para aqueles que possuem melhores condições de acesso ao Judiciário.

O objetivo foi oferecer uma determinada abordagem sobre o problema judicialização. Muitas abordagens são possíveis. Uma delas é a que pretende avaliar as suas consequências redistributivas. Desse enfoque, foi possível inferir que a atuação judicial que enfatiza demandas individuais em detrimento de soluções estruturais, acreditando ser possível entregar todo e qualquer tratamento a todos, tende a agravar as iniquidades percebidas no campo da saúde. Os dados empíricos encontrados indicam que há uma relação de causalidade entre a judicialização e a regressividade do gasto com medicamentos, o que pode ser resultado da influência de fatores socioeconômicos sobre o acesso à justiça.

Verificou-se, também, que, se de um lado o Judiciário exerce uma pressão sobre o gasto com medicamentos deferidos aos demandantes, não oferece uma solução ao subfinanciamento do SUS. As ADIs propostas em face da E.C. 95/16 (teto de gastos), por exemplo, sequer tiveram suas liminares apreciadas pelo STF. O resultado da soma entre agravamento do subfinanciamento e aumento da pressão orçamentária exercida pela judicialização tende a ser perversa para o sistema. Isso sem mencionar as pressões naturais a que estão submetidos os sistemas de saúde, como expectativa de crescimento populacional, mudança da estrutura demográfica (aumento da expectativa de vida e queda da natalidade), possíveis transformações epidemiológicas e desenvolvimento tecnológico.

O cenário que se avizinha em razão do congelamento do gasto social representa um sério obstáculo à concretização igualitária do Estado Social no Brasil, pois conduz aqueles com melhores condições financeiras e mais consciência de seus direitos para o mercado privado e para a judicialização, à medida em que impõe aos mais desfavorecidos a insuficiência da oferta e a piora da qualidade dos serviços públicos de saúde (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 23).

Segundo a Oxfam Brasil, o pacote de medidas criado para conter a crise fiscal (cujo elemento principal foi a malfada E.C 95/16) veio desconectado da missão, imposta pela Constituição, de corrigir as desigualdades e promover a inclusão dos excluídos (OXFAM BRASIL, 2018, p. 6). Discussões sobre a progressividade da tributação e do gasto social não têm avançado em face da sucessão de crises políticas e econômicas que impedem que esforços sejam concentrados sobre o persistente problema da injustiça social. O esforço para conter a crise fiscal se concentra unicamente sobre o gasto público e, conseqüentemente, sobre o gasto social.

Mas não apenas é limitada a atuação do Judiciário na resolução do subfinanciamento do sistema de saúde. Não se espera, igualmente, soluções judiciais para outras questões estruturais, como as decorrentes das disparidades nos números de médicos, de

leitos hospitalares, de recursos financeiros etc., encontradas entre as regiões mais e menos favorecidas do país.

Também os fatores determinantes de desigualdades em saúde e doença não encontram soluções judiciais. Uma compreensão holística da política de saúde deve compreender outras dimensões do processo saúde-doença, que, correlacionadas aos determinantes socioeconômicos, extrapolam o universo dos serviços médicos e hospitalares (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 4). Como consequência da influência desses fatores, a mortalidade infantil, por exemplo, é significativamente maior nas regiões mais pobres do país (norte e nordeste), onde também é menor a expectativa de vida (cf. item 3.4) e é muito pouco provável que haja algo que o sistema de justiça possa fazer para alterar essa realidade.

A judicialização, enquanto resposta do sistema de justiça à inefetividade do direito à saúde, parece não oferecer uma solução adequada para esses problemas. É, no entanto, dever do Estado, especialmente em um país em que são tão intensas as desigualdades socioeconômicas, atuar de modo a reduzir suas perversas consequências. Outro não é o mandamento do art. 3º, da Constituição. No campo da saúde, isto significa que as políticas públicas devem atuar no sentido de reduzir ou eliminar as iniquidades, estas compreendidas como as desigualdades que sejam injustas e redutíveis. Atuando a judicialização da saúde diretamente sobre essas políticas públicas, parece imperativo que seja informada pelo mesmo valor. Deve, portanto, conferir maior atenção às necessidades dos mais pobres para procurar incluí-los na esfera de exercício da cidadania através da fruição do direito à saúde.

As conclusões deste trabalho, no entanto, não se alinham àquelas de Octávio Ferraz, que afirma que a ausência de um *ethos* igualitário no Poder Judiciário, a ausência de consenso político e jurídico acerca do papel dos direitos sociais na diminuição da desigualdade, tornaria impossível qualquer solução advinda do sistema de justiça. Para o autor, a redução estrutural das desigualdades depende de uma redistribuição de recursos, uma mudança radical que jamais ocorrerá por ordens judiciais. Por esse motivo, afirma, apenas o direito à saúde, cuja judicialização não opera redistribuição dos mais ricos para os mais pobres, obteve sucesso, enquanto outros direitos sociais, como, por exemplo o direito à moradia, dificilmente teriam a mesma resolução (FERRAZ, 2011).

Ao Judiciário a Constituição da República conferiu legitimidade para proteger e concretizar direitos fundamentais, dentre os quais incluem-se, sem sombra de dúvida, os direitos sociais. Portanto, não há como afastá-lo do controle das políticas públicas de saúde, ou impedi-lo de adjudicar prestações de saúde curativa com base no art. 196, da CR. A confirmação da hipótese de que a atuação do Judiciário tem sido incompatível com os

princípios da justiça social e da equidade, não permite concluir que este Poder carece de legitimidade para exercer o controle das políticas públicas e concretizar o direito social à saúde. Tribunais não podem e não devem se manter inertes diante da insuficiência das políticas sociais, diante do descumprimento das promessas do Estado de bem-estar.

A situação da fruição dos direitos sociais pelos grupos mais desfavorecidos no Brasil é dramática. Os números apresentados ao longo deste trabalho levam a uma conclusão inequívoca: é urgente que o Brasil passe por uma transformação social que seja capaz de alterar a estrutura da desigualdade e ampliar a oferta de direitos básicos para a população mais pobre. E na luta por essa transformação social, significaria um grave retrocesso abrir mão da arena judicial. Apesar dos erros, não se pode negar que no período de vigência da Constituição de 1988 o Poder Judiciário evoluiu no reconhecimento da força normativa dos direitos sociais.

Isto não nos impede, no entanto, de avaliar as consequências da atuação do Judiciário no exercício dessa atribuição e, se for o caso, indicar correções de rumo. E refletir sobre essas consequências significa avaliar suas consequências redistributivas, tendo como referência a fruição equitativa do direito à saúde. A questão não é saber se o Judiciário tem ou não papel na efetivação dos direitos sociais, a questão é sobre qual a melhor maneira de exercer esse papel diante das demandas impostas pelas desigualdades socioeconômicas abissais existentes no Brasil. Como colocado por Siri Gloppen, deve-se questionar: quando os tribunais são relevantes para a luta das pessoas pobres e marginalizadas para melhorar suas perspectivas de vida? (GLOPPEN, 2006, p. 35). E diante de evidências conclusivas de que a judicialização tem agravado as iniquidades em saúde, cabe discutir medidas capazes de alterar esse caminho.

Boaventura de Sousa Santos, ao refletir sobre as promessas não cumpridas da modernidade e ao questionar o caráter despolitizado do Direito e do sistema de justiça, coloca um questionamento também convergente com este trabalho. Segundo o autor, diante da precarização dos direitos sociais, devemos questionar de que lado estão o Direito e os tribunais (SANTOS, 2015, p. 13). Nos compete questionar, portanto, quem são os beneficiários do modelo de judicialização adotado no Brasil. Esse modelo atua em prol da equidade, concretiza direitos sociais para aqueles que mais precisam, ou reforça as iniquidades em saúde?

Dos resultados aqui encontrados, infere-se que o modelo de judicialização baseado em decisões individuais que entendem ser possível entregar todo e qualquer tratamento é incapaz de concretizar de forma equitativa e generalizante o direito à saúde. Uma

efetivação igualitária do direito à saúde dependeria de uma atuação judicial focalizada sobre seus problemas estruturais. Assim, ao Judiciário caberia questionar, no bojo das ADIs ajuizadas em face da E.C. 95/16, a razoabilidade da destinação de apenas 3,9% do PIB ao SUS quando se tem uma carga tributária de 33%; ou questionar a regressividade do financiamento do Estado, especialmente em face do comando do art. 3º, da CR/88.

O subfinanciamento do SUS é consenso entre os que se dedicam a estudá-lo e pode ser confirmado de forma objetiva. Dentre os países com sistema universal de saúde, o Brasil é o com menor percentual de gasto público/PIB (3,9%) e mais baixo gasto público *per capita* anual (US\$ 338,00). No Canadá o percentual de gasto público/PIB é de 8% e o gasto público *per capita* é de US\$ 3.274,00; na França é de 10% e o gasto *per capita* é de US\$ 3.534,00; na Suécia é de 9% e o gasto *per capita* é de US\$ 4.769,00; no Reino Unido é de 8% e o gasto *per capita* é de US\$ 3.175,00; na Austrália é de 6% e o gasto *per capita* é de US\$ 3.417,00 e; em Cuba é de 11% e o gasto *per capita* é de US\$ 870,00. Mesmo entre países latino-americanos sem cobertura universal gratuita, como é o caso do Uruguai (US\$ 989,00), Argentina (US\$ 711,00), Chile (US\$ 696,00) e Panamá (US\$ 683,00) o gasto *per capita* é maior do que no Brasil<sup>128</sup>.

No entanto, é pouco provável que uma solução para esse problema venha dos Tribunais. À medida em que a judicialização pressiona o orçamento da saúde com o aumento do gasto com medicamentos de alto custo, não se vislumbra que a solução para o agravamento do subfinanciamento perpetrado pela E.C. 95/16 venha das ADIs propostas no Supremo Tribunal Federal. Também a regressividade da matriz tributária é agravada pelo ativismo judicial, que tende a limitar ou invalidar medidas que tencionam torna-la mais progressiva.

Esse receituário de grave escassez aliada a um modelo de judicialização que privilegia demandas individuais por tratamentos de alto custo, agrava as iniquidades percebidas no campo da saúde. Contudo, a redução das desigualdades sociais e de seus reflexos sobre as condições de vida dos brasileiros é um objetivo constitucionalmente imposto (art. 3º, CR) e que, dessa forma, deveria nortear a ação de todos os poderes constituídos, especialmente quando essa ação tem por objeto uma área de especial importância social, como é o caso da saúde pública.

---

<sup>128</sup> Dados disponíveis em <http://apps.who.int/nha/database/Select/Indicators/es>. Acesso em 05/12/2018.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

ALMEIDA, Frederico de. As Elites da Justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 22, n. 52, pp. 77-95, 2014.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; MARQUES, Camila Salgueiro. Os grupos Juridicamente Vulneráveis e a Formação da Legalidade e do Judiciário Brasileiro: histórico e tendências do acesso aos direitos e à justiça no Brasil. *Revista Emancipação*, Ponta Grossa, vol. 12, n. 1, pp. 55-70, 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_; MELO, Danielle. Há Direitos Acima dos Orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, Igor Ascarelli Castro de. *A Relação entre a Constituição do Liberalismo Político e as Desigualdades Sociais e Econômicas em John Rawls*: a questão do direitos a um mínimo social e do princípio da diferença como direitos constitucionais. 2015. 356 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

ANDRADE, Mônica Viegas (et al.). Desigualdade Socioeconômica no Acesso aos Serviços de Saúde no Brasil: um estudo comparativo entre as regiões brasileiras em 1998 e 2008. *Revista Economia Aplicada*, São Paulo, vol. 17, n. 4, pp. 623-645, 2013.

ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. 296 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – ANFIP. Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social e Tributário. *Análise da Seguridade Social 2015*. Brasília: ANFIP, 2016.

ATIENZA, Manuel. *O Direito Como Argumentação*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial de políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BAHIA, Ligia. O SUS e o Setor Privado Assistencial: adaptações e contradições. In: CENTRO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS DA FIOCRUZ. *Futuros do Brasil: ideias para ação*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. El formalismo, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho em latinoamérica. In: RODRÍGUEZ, Helena Olea (Ed.). *Derecho y pueblo Mapuche: aportes para la discusión*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, 2013.

\_\_\_\_\_. Consultorios Jurídicos: educación para la democracia. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Coord.). *Abogados y justicia social: derecho de interés público y clínicas jurídicas*. Bogotá: Ediciones Uniandes-Siglo del Hombre Editores, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 08/10/2018.

BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em 08/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet n.º 1.246/SC. Decisão Monocrática da Presidência. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 de março de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.657.156. Primeira Seção. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Diário da Justiça da União, Brasília, 04 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. Auditoria operacional. Fiscalização de orientação centralizada (FOC). Judicialização da saúde. Identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde. Acórdão nº 1787/2017. Processo n.º 009.253/2015-7. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 16 de agosto de 2017. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em 20/11/2018.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.º 45, pp. 49-95, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.º 133, pp. 89-98, janeiro/fevereiro/março, 1997.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos Para Uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1978.

CARNEIRO, Wálber Araújo. A cidadania tutelada e a Tutela da Cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, Wilson Alves de; CARNEIRO, Wálber Araújo; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. (Coords.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2013. pp. 131-152.

CARINHATO, Pedro Henrique. Neoliberalismo, Reforma do Estado e Políticas Sociais nas Últimas Décadas do Século XX no Brasil. *Revista Aurora*, São Paulo, ano II, n.º 3, pp. 37-46, dez. 2008.

CAVALHO, Antonio Ivo de; BUSS, Paulo Marchiori. Determinantes Sociais na Saúde, na Doença e na Intervenção. In: GIOVANELLA, Lígia (Org.) *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, Vol. III, n.º 1, pp. 17-70, 2009.

CENTER FOR GLOBAL DEVELOPMENT – CGD. *The Impact of Taxes and Social Spending on Inequality and Poverty in Argentina, Bolivia, Brazil, Mexico, and Peru: a synthesis of results*. CGD Working Paper 311. Washington, DC: Center for Global Development, 2012.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da Política Pública de Assistência Farmacêutica e Equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, pp. 1839-1849, 2009.

COMISSÃO NACIONAL SOBRE DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE – CNDSS (BRASIL). *As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil*. Relatório Final da Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde (CNDSS). Brasília, CNDSS, 2008.

CREDIT SUISSE. Research Institute. *Global Wealth Report 2017*. Zurique: Credit Suisse Research Institute, 2017.

CUNHA, José Ricardo. Os Direitos Sociais Vistos de uma Perspectiva Humanística ou Sobre por que Estamos Diante de uma Questão Ética de Primeira Grandeza. In: TOLEDO, Cláudia (Org.) *Direitos Sociais em Debate*. São Paulo: Editora Elsevier, 2013.

CUNHA, Luciana Gross (et al.). Perceptions About Compliance With Law and Vulnerable Groups in Brazil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, vol. 2, n. 2, pp. 91-109, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

FELSTINER, Willian L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The Emergency and Transformation of Disputes: naming, blaming, claiming... *Law & Society Review*, pp. 631-654 vol. 15, n. 3-4, 1980.

FERRAZ, Octávio Luis Motta. Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil”. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). *Litigating Health Rights: can courts bring more justice to health?* Harvard: Harvard University Press, 2011a.

\_\_\_\_\_. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, pp. 1643-1668, 2011b.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 52, n.º 1, pp. 223-251, 2009.

\_\_\_\_\_; WANG, Daniel Wei L. Atendendo os Mais Necessitados: acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 10, n. 18, pp. 167-189, 2013.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Pharmaceutical Companies VS. The State: Who is responsible for post-trial provision of drugs in Brazil? *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Boston, v. 40, pp. 188-196, 2012.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; JUBILUT, Liliana Lyra. Horizontes para a Epistemologia dos Direitos Sociais. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos Sociais em Debate*. São Paulo: Editora Elsevier, 2013.

FLEURY, Sonia; OUVÉREY, Assis Mafort. Política de Saúde: uma política social. In: GIOVANELLA, Lígia (Org.). *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões Sobre o Princípio Ético da Justiça Distributiva Aplicado aos Sistemas de Saúde. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Pavone (Orgs.) *Bioética e Saúde Pública*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO – FJP. *Déficit Habitacional no Brasil – 2015*. Belo Horizonte: FJP, 2018.

GARCIA, Leila Posenato (et al.). Gastos das Famílias Brasileiras com Medicamentos Segundo a Renda Familiar: análise da Pesquisa de Orçamentos Familiares de 2002-2003 e de 2008-2009. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 29, n.º 8, pp. 1605-1616, ago. 2013.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

GASSEN, Valcir; SILVA, Janyl de Jesus. Jurisdição constitucional, sentença aditiva e legitimidade democrática. In: XX Congresso Nacional do CONPEDI (Org.). *A ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano*. Florianópolis-SC: Editora Boiteux, 2011, pp. 12337-12351.

\_\_\_\_\_. Matriz Tributária: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e o Brasil. In: GASSEN, Valcir (Org.). *Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

\_\_\_\_\_; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Estado, Ideologias e Tributação: a construção do Estado Brasileiro e finalidade o poder de tributar. In: GASSEN, Valcir (Org.). *Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

GLOPPEN, Siri. Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. In: Roberto Gargarella; Pilar Domingo; Theunis Roux (Eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. Distribuição e Tributação da Renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações fiscais das pessoas físicas. In: CENTRO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PARA O CRESCIMENTO INCLUSIVO (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). *Working Paper n.º 136*. Brasília: 2016.

GREENE, Sara Sternberg. Race Class and Access to Civil Justice. *Iowa Law Review*, Iowa City, vol. 101, pp. 1263-1321, 2016.

GROSS, Alexandre Felix. Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil: perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 24, n. 3, pp. 53-62, mar. 2012.

GRYNSPAN, Mario. Acesso e Recurso à Justiça no Brasil: algumas questões. In: PANDOLFI, Dulce Chaves (et. al.) (Orgs.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 1999.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

HIGGINS, SEAN; PEREIRA, Claudiney. The Effects of Brazil's High Taxation and Social Spending on the Distribution of Household Income. In: *Commitment to Equity (CEQ) Working Paper n.º 7*, Tulane University, Department Economics, jan. 2013.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. *Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Características da Vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2017*. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Receita Pública: quem paga e como se gasta no Brasil*. Comunicado da Presidência. Brasília: IPEA, 2009a.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *OCDE: avaliação da eficiência em sistemas e saúde*. Texto para discussão n.º 1370. Brasília: IPEA, 2009b.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Sistema de Indicadores de Percepção Social*. Brasília: IPEA, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Equidade Fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social*. Brasília: IPEA, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Financiamento Público da Saúde: uma história à procura de rumo*. Brasília: IPEA, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Radiografia do Gasto Tributário em Saúde: 2003-2013*. Brasília: IPEA, 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Progressividade Tributária: a agenda negligenciada*. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Nota Técnica n.º 28. *Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil*. Brasília: IPEA, 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Tributação do Capital no Brasil e no Mundo*. Brasília: IPEA, 2018a.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Políticas Sociais: acompanhamento e análise*. Saúde. Brasília: IPEA, 2018b.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Evolução do Gasto com Medicamentos do Sistema Único de Saúde no Período de 2010 a 2016*. Brasília: IPEA, 2018c.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA – INEP. *Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação* – 2018. Brasília: INEP, 2018.

INSTITUTO PAULO MONTENEGRO - IPM. *Indicador de Analfabetismo Funcional – INAF Brasil 2018: Resultados Preliminares*. São Paulo: IPM, 2018.

INTERNATIONAL MONETARY FUND - IMF. DABLA-NORRIS, Era (et al.) (coord.). *Strategy, Policy and Review Department Causes and Consequences of Income Inequality: a global perspective*. Washington, D.C.: IMF, 2015.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. 2010. 364f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

KRELL, Andreas J. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 144, ano 36, pp. 239/260, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Editora Fabris, 2002.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. (In)Justiça Social por Meio dos Tributos: a finalidade redistributiva da tributação e a regressividade da matriz tributária brasileira. In: GASSEN, Valcir (Org.). *Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de Saúde: origens, componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA, Lígia (Org.). *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em Torno da “Reserva do Possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila (et al.). Judicialização do Acesso a Medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Saúde Pública*, São Paulo, vol. 45, n. 3, pp. 590-598, 2011.

MAESTAD, Ottar; RAKNER, Lise; FERRAZ, Octavio L. Motta. Assessing the Impact of Health Rights Litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). *Litigating Health Rights: can courts bring more justice to health?* Harvard: Harvard University Press, 2011.

MARKS, F. Raymond. Some Research Perspective for Looking at Legal Need and Legal Services Delivery Systems: old forms or new. *Law & Society Review*, New York, vol. 11, pp. 191-205, 1976.

MASCAREÑO, Aldo; SILVA, Arthur Stanford; LOWE, Daniel; RODRÍGUEZ, Daniel. Redes Informales e Instituciones Democráticas en América Latina. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 59, n.º 3, pp. 683-718, 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 58, pp. 183-202, 2000.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa. Judicialização da Saúde pelas Elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 4, pp. 1.089-1.098, 2013.

\_\_\_\_\_; GALVÃO, Juliana de Castro. Educação e Rendimento dos Ricos no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 59, n. 2, pp. 357-383, 2016.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Pedro Ferreira de; CASTRO, Fábio Avila de. O Topo da Distribuição de Renda no Brasil: primeiras estimativas com dados tributários e comparação com pesquisas domiciliares (2006-2012). *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 58, n. 1, pp. 7-36, 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. The Stability of Income Inequality in Brazil, 2006-2012: an estimate using income tax data and household surveys. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 20, n. 4, pp. 971-986, 2015.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 37, n.º 2, pp. 253-275, 1994.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 132, pp. 321-330, 1996.

NOCE, Umberto Abreu; CLARK, Giovani. A Emenda Constitucional N° 95/2016 e a Violação da Ideologia Constitucionalmente Adotada. *REI – Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, pp. 1216-1244, fev. 2018

NUNES, André (et al.). *Medindo as Desigualdades em Saúde no Brasil: uma proposta de monitoramento*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2001.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Medindo o Acesso à Justiça Cível no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 22, n. 2, pp. 318-349, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Diminuindo Diferenças: a prática das políticas sobre determinantes sociais da saúde*. Documento de Discussão. Conferência Mundial sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: OMS, 2011.

OXFAM BRASIL. *País Estagnado: um retrato das desigualdade brasileiras – 2018*. São Paulo: OXFAM, 2018.

PANDOLFI, Dulce Chaves, CARVALHO, José Murilo de (et al.) (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=83>. Acesso em 10/04/2018.

PIOLA, Sérgio Francisco (et al.). Percepção Social Sobre a Saúde no Brasil. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Sistema de Indicadores de Percepção Social*. Brasília: IPEA, 2011.

PIOLA, Sérgio Francisco (et al.). Estruturas de Financiamento e Gasto do Sistema Público de Saúde. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (et al.). *A saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: estrutura do financiamento e do gasto setorial*. Volume 4. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucária, Revista Ibero-americana de Filosofia, Política y Humanidades*, Sevilla, n.º 15, pp. 128-146, 2006.

\_\_\_\_\_. Impact and Challenges of Social Rights in The Courts. In: LANGFORD, Malcolm (Ed). *Social Rights Jurisprudence: emerging trends in international and comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2014.

POSNER, Richard. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

PRADO, Marina Mota. The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: does litigation harm or help. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Boston, vol. 41, pp. 124-137, 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. Justiça como Equidade: uma concepção política, não metafísica. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.º 25, pp. 25-59, 1992.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, Texas, vol. 89, pp. 1669-1698, 2011.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n.º 101, pp. 55/66, 2014.

\_\_\_\_\_. Acesso à Justiça: visão da sociedade. *Revista Justitia*, São Paulo, vol. 65, n.º 198, pp. 271-279, 2008.

SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento; VERAS, Mariana. Gastos públicos com saúde: breve histórico, situação atual e perspectivas futuras. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 47-61, abr. 2018.

SANCHEZ, Raquel Maia; CICONELLI, Rozana Mesquita. Conceitos de acesso à saúde. *Revista Panamericana Salud Publica*, vol. 31, n. 3, pp. 260/268, 2012.

SANDEFUR, Rebecca L. Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality. In: *Annual Review of Sociology*, vol. 34, pp. 339-358, 2008.

\_\_\_\_\_ (et al.). Expanding the Empirical of Access to Justice. *Wisconsin Law Review*, Wisconsin, pp. 101-120, 2013.

\_\_\_\_\_. The Importance of Doing Nothing: Everyday Problems and Responses of Inaction. In: PLEASANCE, Pascoe (et al.) (eds.). *Transforming Lives: Law And Social Process*, Queen's University, Belfast, Stationery Office Books, pp. 112-132, 2007.

SANT'ANA, João Maurício Brambati. Essencialidade e Assistência Farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro. 2009. 94 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Sérgio Arouca.

SANTOS, Ricart César Coelho dos. *Financiamento da Saúde Pública no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

SARAT, Austin. The New Formalism in Disputing and Dispute Processing. *Law & Society Review*, Boston, vol. 21, pp. 695-715, 1988.

\_\_\_\_\_. Legal Effectiveness and Social Studies of Law: on the unfortunate persistence of a research tradition. *Legal Studies Forum*, vol. IX, n. 1, pp. 23, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas Aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n.º 6, pp. 20-45, 2006.

SOUZA, Jessé. O Que é a “Dignidade Humana”? Acerca da Importância dos Direitos Sociais em uma Sociedade Desigual. In: TOLEDO, Cláudia (Org.) *Direitos Sociais em Debate*. São Paulo: Editora Elsevier, 2013.

SCHEFFER, Mário (et al.). *Demografia Médica no Brasil 2018*. São Paulo: FM/USP, CFM, Cremesp, 2018.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. *Law & Society Inquiry*, Journal of The American Bar Foundation, vol. 36, issue 4, pp. 825-853, 2011.

SILVEIRA, Denis Coutinho. Teoria da Justiça de John Rawls: Entre o Liberalismo e o Comunitarismo. *Revista Trans/Form/Ação*, São Paulo, n.º 30, pp. 169-190, 2007.

SILVEIRA, Fernando Gaiger; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; PIOLA, Sérgio Francisco. Os Gastos das Famílias com Saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 7, n.º 4, pp. 719-731, 2002.

SLAKMON, C.; OXHORN, P. Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, C. (et al). (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça/ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O Acesso à Justiça como “Direito Humano Básico” e a Crise da Jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, vol. 15, n. 2, pp. 53-74, 2011.

STIGLITZ, Joseph E. *The Price of Inequality: how today’s divided society endangers our future*. New York-London: W.W Norton & Company, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em *Terrae Brasilis. Sequência*, Florianópolis, n. 69, pp. 83-108, 2014.

\_\_\_\_\_. Contra o Neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*, Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n.º 4, pp. 9-27, 2012.

SZWARCWALD, Célia Landmann (et al.). Desigualdade de Renda e Situação de Saúde: o caso do Rio de Janeiro. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 15, n.º 1, pp. 15-28, jan-mar, 1999.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FREITAS, Vitor Sousa . Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática. In: AVRITZER, Leonardo (et. al) (Orgs.). *O Constitucionalismo Democrático Latino-Americano em Debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

TRAVASSOS, Claudia; CASTRO, Mônica Silva Monteiro de. Determinantes e Desigualdades Sociais no Acesso e na Utilização de Serviços de Saúde. In: GIOVANELLA, Lígia (org.) *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

UGÁ, Maria Alice D.; PORTO, Silvia Marta; PIOLA, Sérgio Francisco. Financiamento e Alocação de Recursos em Saúde no Brasil. In: GIOVANELLA, Lígia (org.) *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. Constitutionalism Manifestations in the Brazilian Judicial Review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, pp. 59-90, 2014.

VIANA, Ana Luiza D'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. Análise de Políticas de Saúde. In: GIOVANELLA, Lígia (org.) *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distortions to National Drug Policy Caused by Lawsuits in Brazil. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, vol. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

\_\_\_\_\_; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, Ajuste Fiscal Reforma Implícita do Estado. *Revista de Estudos e Pesquisas Sobre as Américas*, Brasília, vol. 10, n.º 3, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natalia Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os Impactos da Judicialização da Saúde no Município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista da Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 48, n. 5, pp. 1191/1206, 2014.

WANG, Daniel Wei L. Escassez de Recursos, Custos dos Direito e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. *Revista de Direito da GV*, São Paulo, vol. 8, pp. 539-568, jul./dez. 2008.

WORLD INEQUALITY LAB-WIL. ALVAREDO, Facundo (et al.) (orgs.). *World Inequality Report 2018*. Executive Summary. Berlin: WIL, 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. *New Perspectives on Global Health Spending for Universal Health Coverage*. Geneva: WHO, 2018.

