

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Florisbal de Souza Del'Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

**DA EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DE
POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

***THE EXEMPTIBILITY OF SOCIAL RIGHTS THROUGH PUBLIC
POLICIES FOR THE SUPPLY OF HIGH COST MEDICINES***

ERICA ANTONIA BIANCO DE SOTO INOUE

Mestranda em Teoria do Estado pela Universidade Eurípedes Soares da Rocha em Marília/SP. Pós-graduada em Teoria Geral do Processo pela UNAMA. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. MBA em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Procuradora municipal. Advogada. Professora na Fundação Getúlio Vargas/RJ. E-mail: ericainoue@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz como eixo principal a análise da efetividade dos direitos sociais ligados à saúde na sociedade contemporânea e em sua normatização atual, notadamente naquilo que é concernente ao fornecimento de medicamentos de alto custo e custeio de terapias alternativas, como essenciais à concretização de conceitos como os de dignidade humana e mínimo existencial.

Justifica-se o presente estudo em razão das inúmeras teorias que envolvem o tema e sua celeuma, tais como princípio da reserva do possível e a visão de justiça programática, por assim dizer, dentro das políticas públicas governamentais e do ativismo judicial.

Desta forma, tem-se como objetivo principal abordar a temática da efetividade dos direitos sociais e fundamentais face à sua normatização

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

constitucional, bem como sua aplicabilidade hodierna através de políticas públicas e questões orçamentárias, ponderando-se reserva do possível, supremacia do interesse público e fornecimento de medicamentos de alto custo como meio de concretizar uma vida digna àqueles que necessitam dos mesmos.

Para tanto, pesquisou-se a produção bibliográfica atual lançada em revistas contemporâneas nacionais, bem como posicionamentos doutrinários locais e estrangeiros, e estudos de casos jurisprudenciais, compilando-se dados e organizando-os no eixo metodológico proposto adiante.

Visando concluir pelo desequilíbrio da visão bidimensional de justiça proposta por Nancy Fraser, a abordagem da (in) efetividade dos direitos sociais ligados à saúde através de políticas públicas deficitárias, a construção teórica irá percorrer questões conceituais para, então, chegar ao ponto central da pesquisa, qual seja, medicamentos de alto custo e a judicialização das demandas sociais nas áreas mencionadas, conforme se verá adiante.

1 EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição cidadã, ou Constituição social, surge em um cenário político onde o Estado passa a ter limites e deveres impostos pela norma jurídica fundamental de forma mais efetiva e imediata, notadamente naquilo que se refere aos direitos sociais e aos direitos fundamentais.

Neste contexto, os direitos sociais aparecem como normas autoaplicáveis, ou seja, independem de intermediação legislativa complementar a regular sua aplicação, “sendo orientada pela atribuição da máxima eficácia possível às suas normas definidoras” (BARROSO, 2006, p. 272).

Contudo, por mais bela que seja a teoria, nem sempre é o que se tem na prática. O Estado do bem-estar social encontra-se em verdadeiro colapso, dada a

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

insuficiência de recursos e a má qualidade dos serviços públicos ofertados à população em geral, notadamente na área da educação e da saúde.

A escassez de recursos tem sido obstáculo à aplicação imediata, ou em curto período de tempo, dos direitos sociais, levando ao que ficou denominado como “escolhas trágicas”, as quais impõem a adoção de medidas urgentes em detrimento de medidas econômicas programáticas que nem sempre são cumpridas, quando existentes.

Eis que surgem impasses, portanto, uma vez que o texto Constitucional em sua origem prevê que esses direitos sociais devem ser imediatamente postos em prática pelos entes públicos, sendo meio de mera exceção ou leniência a observância de um programa ou da elaboração de uma política pública capaz de concretizá-los em um determinado espaço de tempo.

Um exemplo propício ao tema: admitir que “a promoção da medicina de urgência se condicione a agenda de governo é retornar ao período de pouca virtualidade jurídica dos direitos sociais” (MOURA, 2011, p. 4).

Em contrapartida, buscando evitar um colapso do sistema público, os juristas vêm criando balizas ao reconhecimento da efetividade imediata dos direitos sociais, tais como as principiológicas: princípio da dignidade humana, princípio da reserva do possível, mínimo existencial, dentre outros.

Delimitam, teoricamente, a aplicabilidade desses direitos sociais somente ao contexto das condições mínimas indispensáveis a uma existência digna, por mais vago e relativo que seja este conceito na prática. Aqui, a “fundamentalidade” dos direitos sociais estaria relativizada às condições mencionadas, deixando de terem esta qualidade de forma ampla, geral e irrestrita a todos.

Adstringir a análise da aplicabilidade dos direitos sociais à delimitação do seu núcleo essencial permite dotar de exigibilidade direta e imediata suas normas apenas quanto a um conteúdo que se identifique com as condições mínimas para uma existência humana digna e pressupostos iniciais para uma participação democrática (MOURA, 2011, p. 5).

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

Aquilo que não estiver incluso dentre esses direitos sociais imediatos, estará à mercê das mencionadas escolhas trágicas dependentes da discricionariedade e conformação política dos poderes públicos, dada a impossibilidade financeira ou de adequação aos critérios de mínimo existencial explicitados.

2 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E AS QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS

Cabe compreender o que são políticas públicas neste universo de direitos sociais e fundamentais, enquanto meio para concretização destes de forma a estarem acessíveis a todos, indistintamente.

Conceitualmente, para Régis Fernandes de OLIVEIRA, políticas públicas referem-se a “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados” (OLIVEIRA, 2006, p. 251).

Em seu fundamento, as políticas públicas trazem em si a própria existência dos direitos sociais enquanto pertencentes aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Estes direitos tidos como de segunda geração (sendo as liberdades os de primeira geração), somente podem ser realizados se forem impostos a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas (BOBBIO, 1992, p. 21).

*As *policies* – termo que, em português, talvez possa ser traduzido por diretrizes ou políticas públicas – constituem planos ou programas de ação a serem implementados por uma ou várias instâncias ligadas ao poder político, e dirigidos ao logro de um objetivo, geralmente uma melhoria num setor público, social, econômico ou cultural da comunidade (REIS, 2003, p.119-120).*

Ainda, podem-se trabalhar políticas públicas como sendo “instrumento de concepção, planejamento, execução e fiscalização de serviços voltados à concretização de direitos fundamentais” (LEAO JUNIOR, 2017, p. 327), aqui não se limitando à prestação de serviços, mas também abrangendo seu acompanhamento e fiscalização, seja quando exercidos por órgãos públicos, seja quando exercidos por instituições privadas.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

Por serem consideradas um “programa”, as políticas públicas, para serem implementadas, necessitam seguir as etapas de definição do objeto de auxílio ou intenção de desenvolvimento, planejamento da sua execução, a execução propriamente dita, a aplicação e, por fim, sua fiscalização, a qual permitirá a constante reavaliação dos objetivos, adequação e correção orçamentária necessária ao desenvolvimento das demandas sociais sobre o setor programado.

Quanto à questão orçamentária, muito se tem debatido sobre o princípio da reserva do possível, ou da reserva do financeiramente possível, propriamente dito. Isto porque, diante da Lei de Responsabilidade Fiscal, muito embora haja característica de aplicação imediata de políticas públicas ligadas aos direitos sociais, eis que fundamentais, o Administrador Público está limitado ao previsto nas leis orçamentárias, dado o princípio da legalidade, sob pena de responsabilidade fiscal.

Nesse sentido, embora todos os direitos, quaisquer que sejam, tenham um custo, os direitos sociais prestacionais, na condição de vocacionados à destinação, distribuição, redistribuição ou criação de bens materiais, comportam uma dimensão econômica mais relevante. Resta claro, assim, que os direitos positivos, por envolverem uma participação mais ativa do Estado, implicam normalmente maior dispêndio e desfalque financeiro que os direitos negativos (LEAO JUNIOR, 2017, p.329).

Neste viés orçamentário, de responsabilidade do governante em compreender o texto normativo constitucional, bem como atuar dentro de suas previsões e limitações, é que se compreendem as dificuldades em implementar uma política pública eficiente e de qualidade, notadamente na área da saúde.

Para melhor compreensão do que seria a reserva do possível, cita-se CANOTILHO, quando destaca a questão financeira para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição Federal, sendo que a realização desses está atrelada à capacidade financeira do Estado, significando a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

Para esse autor, a reserva do possível significa, também, a “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

sociais, conforme visto acima, em uma gradação lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo, sobretudo, em conta os limites financeiros (CANOTILHO, 2008, p. 107).

A reserva do financeiramente possível pode ser entendida como a realização dos direitos sociais condicionada à disponibilidade e ao volume de recursos suscetíveis, para que não se inviabilize todo o sistema localizada no campo discricionário das decisões oriundas das políticas de governo e das atividades legislativas, as quais estão sintetizadas no orçamento público (RIBEIRO, 2012, p. 11-12).

Com a questão orçamentária tão pulsante no que se refere à efetividade dos direitos sociais, poder-se-ia dizer que, nos termos propostos por Nancy Fraser (2002), de que há uma necessidade urgente de redistribuição das rendas visando a paridade de participação dos direitos sociais por toda população, entretanto, conceber tal visão implicaria também em trabalhar o orçamento público – enquanto fonte de renda a ser distribuída – como meio para esse fim.

Seguindo a esteira do raciocínio posto, Aliomar BALEIRO conceitua orçamento como o ato pelo qual o Poder legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei (2004, p. 411).

É dentro dessas despesas que devem estar previstas as políticas públicas mais essenciais (que independem da discricionariedade do administrador público): educação, saúde, infraestrutura, etc.

O que se modifica de um governo para outro é a forma como essas verbas serão aplicadas para atender ao plano de governo do administrador, sendo que sua existência não pode ser ignorada, já que a Constituição garantista traz percentuais mínimos de aplicação orçamentária em áreas indispensáveis ao desenvolvimento humano.

Assim, a finalidade do Estado, ao obter recursos através da arrecadação ou de repasses financeiros, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

de serviços, ou qualquer outra política pública, é a de realizar os objetivos fundamentais da Constituição Federal, tais como a dignidade humana, mínimo existencial e demais direitos sociais e fundamentais coletivos e individuais (RIBEIRO, 2012, p. 7), tais como o fornecimento de medicamentos e terapias de alto custo, conforme será visto adiante.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO POR MEIO DE PROGRAMAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme visto acima, políticas públicas são programas de governo compostos de metas e prioridades de acordo com as demandas sociais, a serem executados conforme disponibilidade orçamentária, adequação normativa e vontade dos governantes.

Ocorre que os direitos sociais, como o direito à saúde, não podem ficar à mercê de um plano de governo ou de interesses discricionários do administrador público, por serem necessidades urgentes, logo, de efetividade imediata.

O mesmo raciocínio ocorre quando se trata de fornecer medicamento de alto custo ou terapias alternativas aos tratamentos dispensados pelo Sistema Único de Saúde, quando incapazes de devolver saúde ou vida digna a quem deles precisa fazer uso.

Neste diapasão, as políticas públicas voltadas à saúde devem vincular-se a estratégias e programas de cuidados básicos, bem como de atenção especial àqueles que precisam de serviço especializado e não encontra disponível em sua região. Para tanto, a questão orçamentária se mostra relevante, pois os recursos destinados à área da saúde possuem previsão orçamentária sempre limitada a atender o mínimo constitucional obrigatório, sem que haja, portanto, reserva de emergência ou contingência voltada para esta área específica.

A ausência de fundo de reserva para atender casos especiais ligados à saúde – aqui voltados aos medicamentos de alto custo ausentes do RENAME e

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

terapias alternativas – tem sido obstáculo à efetivação de políticas públicas e aos direitos sociais, bem como meio de contestação em demandas judiciais com a alegação de que a coletividade será prejudicada em favor de indivíduos singulares caso aquela despesa não programada seja executada.

É de se questionar se haveria ausência de paridade causada pelo Estado, nos termos de Nancy Fraser (2002), quando este se recusa a fornecer tratamento de alto custo àqueles que dele se socorrem, quando é sua função realizar o reconhecimento e a redistribuição da renda em prol da sociedade.

O acesso à saúde deve ser irrestrito a todos que dela necessitarem independente de classe social ou capacidade econômica. Em conexão com o princípio da dignidade humana, este também deve ser irrestrito, logo, todos aqueles que precisarem fazer uso da rede pública de saúde, ou mesmo se socorrer do auxílio do Judiciário, deverão fazê-lo via acesso livre e sem obstáculos.

Nos dizeres de BATISTA & CALIL (2016, p. 110), a abstenção estatal preserva a dignidade, enquanto que a intervenção governamental garante a vida. O direito à saúde deve ser concretizado por meio dos serviços públicos sanitários, construção de hospitais e postos de atendimento à população, bem como pela disponibilidade de profissionais capacitados e, sem dúvida, pelo acesso aos medicamentos prescritos por estes, independentemente de seu custo, uma vez que voltados à prevenção e à cura de doenças.

A experiência brasileira, contudo, é antiorçamentária, não apenas pela hipertrofia do Executivo, mas pela própria desconfiança quanto ao orçamento. Destaca que a realidade brasileira é a de progressiva vinculação de recursos para os mais variados fins. Há, portanto, um longo caminho a percorrer. Ele depende, contudo, que não se tenha como “direito fundamental incontestável com questões menores” como as finanças públicas e o fornecimento de todo e qualquer medicamento (RIBEIRO, 2012, p. 7).

Diante de uma política pública ineficiente, e do estado de necessidade de preservação de uma vida humana, devem-se sopesar valores e princípios para compreender qual a melhor decisão a ser tomada diante do caso concreto. Explica-se. O administrador público, ciente de suas obrigações enquanto detentor de

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

mandato político, irá se valer de argumentos orçamentários e de supremacia do interesse público para abster-se de fornecer medicamentos ou tratamento a um indivíduo de forma isolada, sob a alegação de que o seu orçamento deve ser destinado à coletividade e aos serviços postos à disposição de todos, sob pena de paralisação dos mesmos.

Mantém, portanto, a discussão de qual valor deve ser preponderante na disputa entre orçamento público e dignidade humana: deve-se colocar em risco a prestação de um serviço público essencial em detrimento do fornecimento de tratamento médico especializado (aqui inclusos medicamentos de alto custo e terapias experimentais) ou a prioridade sempre deve ser a vida humana cabendo ao administrador público remanejar verbas e suplementar receitas para fornecer o necessário para uma vida digna ao enfermo?

4 DO ATIVISMO JUDICIAL LIGADO AOS DIREITOS SOCIAIS

Mantendo-se o eixo metodológico do tema, imperiosa a menção da importância para efetivação dos direitos sociais através de um dos temas mais debatidos da atualidade quando se trata de ações proativas entre os três poderes, qual seja, o ativismo judicial.

Diante da urgência em se ver efetivados os direitos sociais abarcados na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem, de certa forma, suprido a omissão do legislador e do Administrador Público e ordenado o cumprimento de medidas que permitem aos cidadãos que se socorrem do Judiciário encontrarem respostas não previstas de imediato no ordenamento jurídico para verem seus direitos sociais concretizados. A esta “intervenção” dá-se o nome de “ativismo judicial”.

No Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário (STRECK, 2014, p. 64).

Neste novo cenário constitucional, onde direitos fundamentais e sociais possuem papel de destaque na economia, na política e nas relações sociais, a hermenêutica aparece como ferramenta para concretização de direitos, ampliando a atuação do Judiciário sem que haja, contudo, uma invasão de poderes, pois não legisla, mas tão somente interpreta a norma posta de forma que uma resposta seja dada ao problema aparentemente insolúvel por meio da legislação existente.

Tem-se o ativismo judicial como sendo, então, uma forma de aplicação das normas constitucionais, interpretadas de forma abrangente e elástica, quando o caso, podendo resultar em comandos de ação ao Executivo ou mesmo em declarações de inconstitucionalidade ao Legislativo.

Muito embora se trate de uma interferência política, difere-se do termo “judicialização da política” em razão desta significar a ação do Poder Judiciário em resolver questões de grande complexidade política quando provocado. Àquele poder não é dada a opção de não julgar ou de não aplicar o direito, ainda que para isso precise fazer uso do ativismo judicial.

Para que se melhor compreenda este fenômeno da politização do Judiciário ou da Judicialização da política, deve-se ter em conta que o Direito é o local de domínio da razão, interagindo com a política mutuamente, mas com esta não se vinculando.

Conforme Eros Grau (2009) em sua obra “Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito”, é imperiosa a distinção do momento em que o Direito é criado e o momento em que ele é aplicado. No primeiro, o Direito está intimamente ligado à política, ao interesse da maioria e à legitimidade na criação legislativa como vontade da maioria. No segundo, ou seja, no momento da aplicação do Direito, é desejável que a política seja apartada deste, mantendo-se as bases democráticas de um Estado baseadas na separação dos poderes.

Cabe mencionar que a controvérsia surge menos quando o Judiciário trata de interesses privados, do que quanto trata de interesses públicos. Quando declara

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

uma lei inconstitucional, quando suspende uma obra pública, ou quando determina o tratamento médico individual fora do país, surgem indagações sobre a vontade do Judiciário e a vontade política dos demais poderes, pois interferem na atuação dos mesmos.

Neste sentido, o processo de expansão do direito e a ampliação do papel do Judiciário, potencializados pela jurisdição constitucional, “vem acompanhado de tensões que podem ser localizadas entre o direito e a política, sem que haja uma definição conceitual especificamente clara sobre qual processo é predominantemente erosivo em relação a cada esfera.” (VERONESE, 2009, p. 249)

O que se questiona, portanto, diante desta nova tendência do Judiciário em fornecer decisões que transbordam as margens da lei, sem, contudo, feri-la, é a capacidade de interferência de um poder sobre o outro ou mesmo a insegurança jurídica ocasionada das novas interpretações ou ambientes decisoriais que passam a fazer parte do sistema jurídico ao lado dos precedentes e jurisprudências.

Deste raciocínio resultam três posições dominantes sobre o debatido tema do ativismo:

i. a primeira posição é aquela que prevê nesta nova atuação do Supremo Tribunal Federal um risco aos pilares da democracia e à separação entre os três poderes, pois os Ministros estariam sujeitos à parcialidade decorrente de preferências políticas pessoais, de informações incompletas, porém necessárias, pertencentes ao Executivo e ao Legislativo, bem como à pressão da mídia;

ii. uma segunda posição baseada no reconhecimento do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, advertindo-se pela ausência de justificativa ou fundamentação clara das decisões;

iii. uma terceira posição que permite ao Supremo Tribunal Federal fazer uso de princípios para garantir a vontade do povo e assim efetivar a Constituição Federal (ROCHA, 2015, p. 121).

Uma síntese positiva do debate brasileiro é a ausência de rígida fixação conceitual do termo. Desse modo, ele foi tomado menos com uma dimensão normativa e mais como um meio para entender realmente uma transição social e política. (VERONESE, 2009, p. 277).

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

Nos dizeres de Teresa Arruda ALVIM (2017, p 1), o termo “ativismo” é utilizado para indicar que, sob determinadas circunstâncias, o juiz faz uso de uma certa dose de criatividade ao completar o sentido da norma.

A autora trabalha o conceito de “ambientes decisoriais” chamados de frouxos, isto é, onde o juiz possui liberdade criativa para inovar dentro de um ambiente controlado de fundamentação, ou seja, pode alterar o direito ao ponto de adaptá-lo à uma aplicação mais atual, criando-se precedente a ser respeitado em julgados futuros. (ALVIM, 2017, p. 2).

A teoria dos ambientes decisoriais e sua compreensão possibilitam avaliar o grau de flexibilidade interpretativa decorrente da norma posta. Em alguns casos, a norma encerra em si todo seu contexto interpretativo, em outros, ao risco de comprometer a certeza jurídica, ou mesmo de confirmá-la, sua interpretação pode ser mais elástica ou flexível, notadamente quando se tratar de proteção aos direitos fundamentais e sociais.

No contexto trabalhado de efetividade dos direitos sociais através de políticas públicas, o ativismo judicial surge como necessário ao impulso dos demais poderes em razão da alta complexidade das demandas sociais que chegam ao Judiciário sem que haja, de imediato, leis com soluções claras a serem aplicadas ao caso concreto, obrigando a Suprema Corte Brasileira a buscar caminhos tangenciais de solução de conflitos, quais sejam, a interpretação e aplicação do direito através de princípios, da reinterpretção das normas constitucionais ou mesmo exercendo atos legiferantes em casos de extrema necessidade, sem que com isso ocorra a invasão da esfera do Poder Legislativo ou Executivo, até então omissos para aquelas demandas em específico (TAVARES; INOUE, 2018, no prelo).

Assim, a atual conjuntura do Direito brasileiro, permeado pela constitucionalização de direitos e intenso ativismo judicial, reclama um exame diligente e pormenorizado da teoria dos precedentes, visando uma sistematização que norteie a natureza criadora do processo decisório do Poder Judiciário,

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

assegurando a segurança jurídica tão anelada a respeito da prestação jurisdicional de um Estado Democrático de Direito (Idem).

Por fim, quanto ao tema ativismo judicial, cabe mencionar que, diante da inexistência de políticas públicas eficazes, ou de um planejamento orçamentário programático, cabe ao Judiciário realizar através de ponderação de princípios e de uma ação hermenêutica a melhor aplicação do direito, naquele momento, àquele caso concreto, atualmente tendo as decisões pendidas para a concretização do princípio da dignidade humana e pela efetivação imediata dos direitos sociais pelo poder público.

CONCLUSÃO

Nancy Fraser, em sua teoria sobre a visão bidimensional de justiça social, trabalha a questão da paridade de participação, donde reconhecimento e redistribuição de renda são corolários dos direitos sociais.

Para esta autora, os problemas sociais surgem da estratificação e da hierarquização de classes entre os grupos sociais, perpetuadas ao longo das gerações, em um sistema capitalista onde aqueles grupos mais economicamente privilegiados teriam mais acesso à igualdade de oportunidades do que aqueles menos privilegiados e vulneráveis, colocando-se em uma situação de subordinação econômica e social perante o primeiro grupo.

Neste cenário, é papel do Estado criar meios de promover a igualdade e o equilíbrio entre as classes, através da redistribuição de renda e, por que não dizer, dos bens de consumo essenciais à conquista de uma vida digna ou dentro dos parâmetros do mínimo existencial.

Aqui, a injustiça social possui um viés econômico como consequência do sistema capitalista e até mesmo da globalização, uma vez que esta, dado o grande volume de informação rapidamente veiculada entre os grupos, intensifica a formação de classes e grupos sociais estatizados.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

Dentro desta realidade de necessário reconhecimento social e redistribuição de renda, surge o conceito de “paridade de participação” proposto por Fraser. Por este conceito, “a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir entre si como *pares*” (FRASER, s/d, p. 13).

A teoria de Nancy é voltada para questões sociais relevantes, tais como gênero, classe e minorias em geral. Contudo, em uma visão macro, pode ser aplicada, dentro de um sistema capitalista, na questão da distribuição de renda e nas diferentes sociedades, dada a globalização e o acesso ao conhecimento que cada vez se difunde mais rápido no mundo todo.

Aqui, em específico, pode-se falar nas pesquisas realizadas na área de saúde, seja na produção de novos medicamentos, seja no uso de novas terapias voltadas ao tratamento de doenças conhecidamente “incuráveis”.

Ao se tomar conhecimento de uma possibilidade de cura, com resultados promissores, ainda que experimental, cuja ciência ocorreu fora do território nacional, logo, que se encontra sem aprovação pelos departamentos sanitários locais, cria-se a expectativa de se aproveitar tais estudos a pacientes com idêntica enfermidade, entretanto, além dos obstáculos legais, encontram-se os obstáculos financeiros, seja de ordem pessoal do enfermo, seja de ordem nacional, seja na questão das patentes, dos investimentos das indústrias, dentre outros.

Logo, pode-se dizer que aqui também não se encontra a visão bidimensional de justiça proposta por Nancy Fraser, donde reconhecimento e redistribuição devem caminhar juntos, já que muito embora se reconheça a diferença feita entre quem tem acesso ao medicamento – e quem pode adquiri-lo ou ir ao exterior realizar o tratamento – e quem o fornece ou detém sua patente, não há como se vislumbrar a redistribuição na sua forma plena. Isto porque os investimentos no setor são vultosos, de retorno em longo prazo, protegidos por patentes e que visam, a bem da verdade, o lucro com a comercialização do mesmo, e não o bem maior que é a vida e a dignidade humana.

Em um mundo ideal, proposto por Nancy Fraser, deduz-se, não haveria patentes, as pesquisas científicas seriam custeadas exclusivamente pelo setor

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

público (ou por investidores filantrópicos) e seus resultados seriam de domínio aberto, ou seja, a ser utilizado por todos indistintamente de classe, status, poder econômico ou referência pessoal, o que não se vislumbra possível no sistema capitalista atual.

Via de consequência, portanto, tem-se aqui uma verdadeira limitação de acesso à saúde, aos direitos sociais tidos como de efetividade imediata e até mesmo à aplicação concreta do conceito de dignidade humana e mínimo existencial.

Além disso, a limitação imposta pela reserva orçamentária dentro da reserva do possível colide com a concretização dos conceitos de dignidade humana e mínimo existencial, isto porque coloca em risco a execução de serviços públicos essenciais em benefício de um indivíduo ou uma pequena quantidade deles dentro de um universo de coletividade que pode vir a ser prejudicada com a paralisação daqueles.

O que se tem, contudo, no momento, é um ativismo judicial por parte do Poder Judiciário quanto a obrigar os entes públicos a efetivar políticas públicas de forma imediata, quando se trata do direito à saúde e ao fornecimento de tratamento médico especializado e específico.

Há decisões que consideram a questão orçamentária, contudo, impõem a prova de que há um programa em andamento para corrigir ou tornar possível atender a essa pequena parcela da população em suas demandas específicas sem que para isso de prejudique a coletividade.

Tem-se, portanto, e por enquanto, a vitória da dignidade humana sobre o interesse público da coletividade, ao menos enquanto não houver políticas públicas eficientes e coerentes aos anseios da sociedade, que prevejam um orçamento participativo e social, menos voltado aos interesses políticos e mais voltado ao garantismo constitucional ligado aos direitos sociais e fundamentais à pessoa humana.

REFERÊNCIAS

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

ALVIM, Teresa Arruda. “A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente”. In: **Empório do Direito**. Coord. Gilberto Bruschi, 2017. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-vinculatividade-dos-precedentes-e-o-ativismo-judicial-paradoxo-apenas-aparente-por-teresa-arruda-alvim>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos? ”. In Sarlet, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. **Revista Eletrônica Conjur**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Publicado em: 22/12/2008. Acesso em: 28 de junho de 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

_____. “Políticas Públicas e Direito Administrativo”. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.34, n. 133, jan./mar. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

FRASER, Nancy. **Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation**. Stanford University, 1996.

_____. “A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação”. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: CES, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEAO JUNIOR, Teófilo Marcelo Arêa de et al. “Políticas públicas e interferência judicial: desafios e perspectivas na concessão de medicamento e tratamento de alto custo”. In: **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 02, p. 323-352, abr./jun. 2017.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Florisbal de Souza Del’Olmo (Professor Convidado – UNICURITIBA)

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. “Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal”. In: **Rev. bioét.** (Impr.). 2014; 22 (3): 561-8. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014223039>, Acesso em 30/09/2018.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. “Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais”. In: **Revista dos Tribunais Online** – Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 77/2011, p. 131-182, DTR/2011/5071.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006. Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas”. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Maria de Fátima. “Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária”. In: **Derecho y cambio social**. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EfetivacaoDePolíticasPublicasUmaQuestaoOrcamentari-5493788.pdf>. Acesso em: 30/09/2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Daniele Silva Lamblém; INOUE, Érica Antonia Bianco de Soto. “Teoria dos precedentes como contraponto para o ativismo judicial em nome da segurança jurídica”. In: **III Simpósio de Constitucionalização do Direito Processual - UNIVEM**. São Paulo: Marília, 2018. No prelo.

VERONESE, Alexandre. “A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo”. In: **Escritos** (Fundação Casa de Rui Barbosa), v. 3, p. 215-265, 2009. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/revistas/Escritos_3/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf. Acesso em: 14 de Outubro de 2018.