

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JORGE RENATO DOS REIS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jorge Renato dos Reis; Lucas Gonçalves da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-728-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinis.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito que ocorreu nos dias 14,15 e 16 de novembro de 2018, em Porto Alegre, Rio grande do Sul, cujo tema foi: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Jorge Renato Dos Reis e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE RACIAL NO BRASIL
2. A EDUCOMUNICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA INTERCULTURALIDADE E COMBATE AOS DISCURSOS DE ÓDIO NA INTERNET
3. (DES)DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE CHARLES TILLY
4. A ACESSIBILIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O PAPEL DO ESTADO E UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.
5. A ANISTIA E O TEMPO DO DIREITO
6. A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS COMO MEIO PROCESSUAL PARA EFETIVAR A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR
7. A INTERFACE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS JURISDICIONADOS
8. A LIBERDADE COMO MOVIMENTO DE EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
9. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS FACE À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA APLICÁVEL AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO
10. A PRÁTICA ESCANCARADA DA TORTURA: AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DURANTE A DITADURA CIVIL MILITAR BRASILEIRA
11. A SUPERLOTAÇÃO DO TRANSPORTE FLUVIAL NA AMAZÔNIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA
12. CIDADANIA REGULAMENTADA

13. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO DIREITO DE RIR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

14. DIREITO A INFORMAÇÃO - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

15. ELEMENTOS DO DEVER DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

16. O USO DAS REDES SOCIAIS NA POLÍTICA NO CENÁRIO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO - LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU MANIPULAÇÃO?

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jorge Renato Dos Reis - UNISC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS FACE À HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA APLICÁVEL AO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

**THE CONSIDERATION OF LEGAL PRINCIPLES TO THE CONTEMPORARY
CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS APPLICABLE TO THE SUPPLY OF HIGH
COST MEDICINES**

Erica Antonia Bianco De Soto Inoue

Resumo

Trata-se o presente artigo da discussão acerca da ponderação entre princípios constitucionais diante de casos concretos de fornecimento de medicamentos de alto custo e a necessidade de aplicação daquele que melhor atenda aos fins do direito e da justiça com a hermenêutica constitucional, considerando-se o direito à vida digna e a supremacia do interesse público ligado ao direito à saúde de forma mais ampla. Realizou-se pesquisa bibliográfica em obras contemporâneas nacionais e internacionais, com o objetivo de se encontrar um método propiciador de segurança e certeza jurídica na seleção daquele princípio que melhor traga justiça ao caso subsumido.

Palavras-chave: Hermenêutica, Princípios, Medicamentos, Saúde

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the weighing of constitutional principles in concrete cases of high-cost drug supply and the need to apply the one that best serves the purposes of law and justice with constitutional hermeneutics, considering the the right to a dignified life and the supremacy of the public interest related to the right to health in a broader way. A bibliographical research was carried out in contemporary national and international works, with the objective of finding a method that provides security and legal certainty in the selection of that principle that best brings justice to the subsumed case

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hermeneutics, Principles, Medicines, Health

1. INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, pretende-se, em um primeiro momento, trabalhar a ponderação de princípios constitucionais face a casos concretos onde apenas as normas não permitem uma solução considerada justa e efetiva. Aqui, tal análise será realizada quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo na visão do paciente que necessita dos mesmos para uma sobrevivência ou vida digna, enquanto que o Estado deseja eximir-se da referida obrigação em razão dos altos custos, da ausência de previsão orçamentária, dentre outras justificativas encontradas em casuísticas contemporâneas.

Tem-se, portanto, como tema central da presente pesquisa, o trabalho de interpretação constitucional na escolha do melhor princípio a ser aplicado a um caso específico, quando apenas a norma/regra não trouxer em si a solução finalística ao problema apresentado.

Justifica-se a presente pesquisa justamente pelos longos debates atualmente em voga, com o surgimento de novas formas de tratamento para doenças terminais quase que diariamente no mundo todo, as quais, muito embora experimentais, acabam por se tornar a última tentativa de cura para muitos pacientes e, por serem experimentais, encontram entraves burocráticos e financeiros, já que não havendo produção em massa do medicamento, sua disponibilização no mercado ou é inexistente fora do meio experimental ou possui custos muito elevados para o alcance da população em geral.

Nesta linha, busca-se fazer algumas considerações sobre a hermenêutica constitucional contemporânea para, em seguida, abordar a temática pertinente às normas e sua divisão em princípios e regras, bem como sua importância dentro do ordenamento jurídico e seu valor quando da subsunção.

Em seguida, trilha-se o caminho da análise da necessidade de se fazer uso da ponderação de princípios, bem como de sua carga valorativa ou intensidade, quando do chamamento ao caso concreto.

Não obstante, ao se trabalhar a importância da ponderação, também se faz mister compreender a forma como lidar com a colisão de princípios de idêntica carga valorativa, notadamente quanto se tratar de ações que requerem o custeio pelo Poder Executivo, em todas as suas esferas, de medicamentos de alto custo.

Este caminho será percorrido com a clara finalidade de se chegar ao ponto final do problema exposto, qual seja, a decisão sobre qual princípio deve reger o fornecimento de

medicamentos experimentais ou de custo elevado, dentre eles os alegados pela Fazenda Pública, de que o serviço encontra-se disponível com medicamentos previamente aprovados, como interpretação ao direito à saúde, ou o direito à vida digna, reclamado por aqueles que se socorrem do Judiciário para auxílio na aquisição de medicamentos fora da lista aprovada pelo Sistema Único de Saúde.

Utilizou-se, para tanto, a pesquisa bibliográfica como forma de fundamentação da teoria ora abordada, possibilitando, desta forma, a conclusão de que há necessidade de harmonização entre o interesse público como forma de proteção aos cidadãos em geral e o direito à uma vida digna – quiçá o próprio direito à vida – cujo âmbito é mais específico e privado.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Logo de início cabe mencionar a tendência atual de entregar aos Tribunais Superiores, notadamente ao Superior Tribunal Federal, a tarefa de “esclarecimento” da finalidade normativa de dispositivos constitucionais, obrigando-o não apenas a aplicar a norma, de acordo com a interpretação atual que é dada à Constituição, mas também, por vezes, legislar sobre ela (ativismo judicial).

Diferentemente de tempos antigos, hoje, há grande visibilidade pública sobre os julgamentos daquela Corte Superior, o que contribui sobremaneira para transparência, para o controle social e, inclusive, para o exercício da democracia, que permite o controle e o direcionamento de seus atos a partir de determinada interpretação normativa (BARROSO, 2008).

Para tanto, conforme obra de mesmo autor, o que se tem como prioridade na interpretação constitucional é a “busca da razão possível”, antes influenciada pelo materialismo histórico de Marx e, posteriormente, influenciada pela teoria da influência do inconsciente emitida por Freud¹. Em ambos os casos, tanto a neutralidade, quanto a objetividade, se tornam algo impossível de se atingir plenamente.

¹ A primeira diz que a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da ideologia, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independente da vontade. Já a segunda, após evoluções teóricas de Freud, determinou que o homem não é senhor absoluto de sua própria vontade, mas fruto de seu psiquismo inconsciente (BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 225: 5-37, jul./set. 2001, p. 6-7.)

Isso porque, a primeira pressupõe um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, com um operador do direito livre de subjetivismos pessoais ou de influências sociais, ou seja, sem história, sem ambiente social de convivência, aculturado e sem vontades pessoais.

Por sua vez, a objetividade pressupõe a existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, sem que deva ser considerada a vontade do observador ou as alterações progressivas da realidade.

Há muito se superou a ideia de que as leis devem ter significado e carga normativa imutável, aplicável apenas um determinado caso concreto. Atualmente, devem ser consideradas não somente os diversos significantes e significados dos termos normativos, mas também a existência de normas contrapostas e seu uso ponderado à vista do caso concreto, formando-se, incontestavelmente, a noção de que a interpretação é composta de dois tipos de atos: o de conhecimento e o de vontade.

Sendo assim, se antes não cabiam inovações na interpretação e aplicação do direito, por ser o juiz mero operador silogístico de subsunção dos fatos à norma prevista no comando abstrato da lei, atualmente tem-se maior liberdade para ir mais além, ultrapassando-se os limites da lei em sentido estrito.

Neste sentido: *“o intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei”* (BARROSO, 2001, p. 15). Base do pós-positivismo jurídico, ocorrido com a superação do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, a nova hermenêutica passou a abarcar a existência de um ideário difuso composto por valores, regras e princípios que se inter-relacionam na busca da justiça.

É dentro desta nova concepção de interpretação do Direito que se tem a importância dos princípios, ou seja, quando ao intérprete da norma não for possível encontrar a justiça, deve procurar por seu fundamento maior, qual seja, o princípio, que sintetiza a vontade do ordenamento jurídico como um todo.

3. DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS E SUA IMPORTANCIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme visto acima, os princípios passam a serem utilizados como fundamento (ou justificativa) da decisão mais justa a ser aplicada pelo intérprete da norma a um caso concreto.

Ainda, conforme BARROSO, os princípios se tornam verdadeiros guias daquele intérprete, o qual diante de um problema de aplicação da norma mais justa, deve identificar qual o maior e melhor princípio a ser aplicado ao tema, em um verdadeiro método dedutivo de aplicação do direito, até chegar à regra concreta a reger aquele determinado caso.

Em contrapartida, Marcelo Neves (2013), em sua obra “Entre Hydra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico” já trabalha com outro viés. Este autor critica o excesso de apego aos princípios e ao uso da ponderação dos mesmos.

“No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas” (NEVES, 2013. p. 191)

Para este autor, cada vez que se prioriza um princípio em detrimento de uma regra, está-se priorizando também interesses concretos e particulares, o que não condiz com a força normativa da Constituição, que deve ter efeito *erga omnes*. Ambos encontram-se em nível hierárquicos idênticos, contudo, a regra teria primazia sobre os princípios, pois, caso sempre se pudesse se socorrer dos princípios, o direito seria sempre afastado *ad hoc* pela solução mais imediatista baseada nos princípios, descaracterizando a consistência da ordem jurídica.

É incontestável que a dogmática jurídica atual traz a divisão das normas constitucionais em regras e princípios. Ainda que não haja hierarquia entre ambas, entende-se que as regras são mais objetivas, finalísticas, específicas, enquanto que os princípios, dada sua abstração, possuem finalidade de fundamentação mais ampla e genérica.

Eros Grau, ao trabalhar a diferença entre interpretação e aplicação da norma jurídica (2009, item X do Prefácio), destaca serem ambas uma atividade única, visando a solução do caso concreto, ou seja, “*a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos normativos (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)*”.

E vai além, o autor diz que os princípios devem estar contidos no ordenamento jurídico utilizado no momento da aplicação do direito, ainda que implícitos, isto é “*neste direito pressuposto os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem*” (2009, item XXI do Prefácio).

Logo, tem-se que ao se falar em regras e princípios, em nível constitucional, inexistente hierarquia entre ambos, tornando o sistema aberto e permeável a valores jurídicos suprapositivos, cujo objetivo final é operacionalizar a justiça ou seu ideal mais próximo diante da realidade que lhe é posta.

Desta forma, sendo normas ou bases de mesma hierarquia, a sua co-existência e sua colisão não apenas são possíveis, como são uma decorrência lógica do próprio sistema, que é dialético, logo, não há que se falar em exclusão de um em detrimento de outro, mas em complementação ou maior peso ou importância de acordo com os elementos fornecidos pelo caso concreto, como ocorre na questão da prestação de serviços de saúde e o fornecimento de medicamentos de alto custo, a ser visto mais adiante.

Neste tema, Robert Alexy, em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2008, p. 85 e ss) colocar regras e princípios dentro do conceito de norma, eis que delimitados e finalísticos em si mesmos, podendo ser distintos por alguns critérios, tais como o da generalidade, mas, mais especialmente, pelos “mandamentos de definição” das regras e pelos “mandamentos de otimização” que permitem aos princípios serem utilizados considerando não apenas o caso apresentado, mas sua situação jurídica própria.

Sem querer adentrar muito profundamente no tema, em suma, tem-se que a regra possui aplicação válida ou não, enquanto que os princípios, de espectro mais amplo, não trabalham com validade ou invalidade, mas sim com intensidade: sua aplicação é mais ou menos intensa, variando de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sendo consequência a necessidade de ponderação para escolha do melhor princípio a ser aplicado ao caso debatido.

De igual forma, tem-se como necessária, abrindo-se em um aparte, a compreensão do que se entende por conflitos normativos para, então, entender a questão da colisão de princípios.

No caso proposto, tem-se o direito à saúde, enquanto serviço disponível à população em geral, por meio de políticas públicas governamentais face ao direito individual de auxílio público no custeio de medicamentos de alto custo enquanto direito fundamental próprio da dignidade humana.

Aqui, os critérios de solução de antinomias jurídicas não são aplicáveis (hierarquia, cronologia e especialidade), pois se tratam de normas de carga valorativa e hierarquia idênticas, sendo necessário o uso da ponderação quando surgirem os conflitos entre eles.

A ponderação faz uso das concessões recíprocas, ou seja, os valores e interesses ligados ao caso em apreço devem ser pesados para obtenção daquele cuja carga valorativa for maior de um sobre o outro naquele caso específico (lembrando-se que aqui não se tem invalidade de norma, como no caso da regra, mas tão somente maior ou menor peso para aplicação). Então, *“seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. infra) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo”* (BARROSO, 2001, p.27), conforme será visto adiante.

4. A PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL APLICADA AO DIREITO À SAÚDE

Conforme já exposto acima, não é incomum aos operadores do Direito, seja em qual nível for, depararem-se com conflitos entre princípios que pareçam mais adequados a determinados casos concretos, ou mesmo às próprias convicções de justiça.

Muito embora não se possa falar em uma hierarquia entre princípios, pode-se dizer que estes possuem maior ou menor carga valorativa no momento em que são chamados a fundamentar ou justificar determinado procedimento ou decisão.

É nesse contexto que surge a necessidade de se ponderar qual o princípio de melhor aplicação ou de maior razoabilidade, capaz de proporcionar sua aplicação na exata medida do que é considerado justo perante um caso concreto.

Lembrando Recaséns Siches, em sua teoria sobre a lógica do razoável traz questões muito interessantes sobre como o raciocínio na aplicação da melhor norma, ou no caso, do melhor princípio, deve ocorrer, qual seja, aplicando-se a razão ou razoabilidade.

Para este autor, a lógica do razoável deve ser aplicada seguindo três diretrizes básicas, quais sejam, o tratamento igualitário entre o que for igual e desigual ao que houver circunstâncias desiguais; análise de todas as circunstancias que permeiam o caso concreto e, por fim, independente da situação apresentada, a solução deve sempre se voltar para a efetivação do princípio da justiça.

Aqui, percebe-se, também, há a necessidade de ponderação de princípios, uma vez que o princípio da justiça, fim último da subsunção, requer a aplicação da norma mais benéfica e vantajosa ao caso concreto.

Ainda, não obstante o que pareça óbvio a alguns, as decisões e a influência ambiental do julgador não podem ser mensuradas em critérios objetivos, gerando, via de consequência, diferentes desfechos para iguais situações. Aqui, portanto, a razão tanto de não haver unidade

e igualdade de julgamento entre todos os julgadores, como também a materialização da dinamicidade que o Direito possui nas sociedades contemporâneas.

Isto porque, evitando-se o engessamento do Direito, e considerando-se (ainda que sob contrariedade de muitos) a influência externa do meio em que o julgador vive, é que se torna possível a aplicação da medida extensa de justiça a cada caso sub judice.

Jean Baudrillard, em suas inúmeras obras e discursos sobre o tema, levanta justamente a influência externa sobre as decisões e julgamentos individuais, obrigando ao aplicador e ao analista do Direito considerar não apenas o texto frio da lei, mas a origem da norma e a aplicação da mesma *in loco*. Um exemplo claro disto está na consideração de que é impossível a um juiz, por exemplo, exarar decisão sem que seu consciente – e subconsciente – estejam direcionados ao que foi debatido em seu lar, aos comentários sociais, ao posicionamento da mídia e ao clamor social, bem como à sua experiência de vida e cultura.

É neste contexto mutacional e ambiental, diante da necessidade de se proferir decisões dotadas de certeza e segurança jurídica, que se faz imperiosa a estipulação de métodos de hermenêutica constitucional com a finalidade de que não haja desvios extremos entre aquelas e a finalidade normativa do preceito aplicado.

Neste diapasão, lembra-se do autor Marcelo Neves quando trabalha a questão dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, que deram ares de primazia ao princípio da dignidade humana sobre os demais princípios do ordenamento jurídico, problematizando a questão quando diz parecer “*problemática a recorrência a um determinado princípio para torna-lo elemento simplificador da interpretação constitucional*” (NEVES, 2013, p. 193).

Enquanto o princípio da razoabilidade ganhou espaço em questões mais voltadas aos atos administrativos, o princípio da dignidade humana ainda busca uma maior densidade jurídica que torne possível que sua abstração se concretize em motivações racionais aptas a fundamentar decisões judiciais, sem que se tenha que deixar regras específicas de lado, para sua utilização.

Aqui caberia um a parte, no sentido de que, o uso extremado de princípios não exime o julgador de pautar-se nos limites e, prioritariamente, nos mecanismos legais contidos no ordenamento, isto é, dada o seu alto grau de abstração, o princípio da dignidade humana e o da razoabilidade podem ser aplicados a uma gama muito grande de casuísticas, o que deve ser avaliado cautelosamente pelos operadores do direito.

Nesta linha de raciocínio:

A própria questão da colisão intraprincípios em face da pluralidade da compreensão da dignidade da pessoa humana, no contexto de controvérsias constitucionais concretas, torna um modelo de absolutização inadequado. No caso brasileiro, a invocação retórica da dignidade humana para afastar, em nome da justiça “inerente” a esse princípio, regras constitucionais precisas pode, embora isso pareça estranho, servir precisamente ao contrário: a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica às respectivas atividades (NEVES, 2013, p. 194)

O uso dos princípios com toda certeza não liberta o juiz de seguir as regras e normas contidas no ordenamento, entretanto, a razoabilidade vem para guiar o uso de estratégias construtivas na busca do melhor resultado esperado, ainda que dentre vários possíveis, mas que resultem na aplicação lógica do sentido da lei.

Por sua vez, o princípio da dignidade humana busca resgatar a integridade moral das pessoas de uma forma geral, evitando-se o subjetivismo, e buscando a amplitude necessária de aplicação normativa ao maior número de casos idênticos ou similares possível.

É neste sentido que se encaixa o direito à saúde como um direito extremamente complexo, dada a sua imensa gama de direitos conexos relacionados à proteção da vida e à dignidade humana.

Citando Sueli Dallari:

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que tipo de cidade irão viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão, etc. Note-se, porém, que, ainda sob a ótica individual, o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada. É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado [...]. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos

possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir a outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. [...] A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos aqueles que deles necessitam também responde à exigência da igualdade. É claro que, enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. (DALLARI, 2010).

Da citação acima, nota-se que 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, independente de seu custo, uma vez que voltados à prevenção e à cura de doenças.

Eis aqui o ponto central deste trabalho, qual seja, nivelar razoabilidade à dignidade humana. Equilibrar razoabilidade dos atos administrativos públicos na implementação de políticas públicas sanitárias, com o direito a uma vida digna negado aos pacientes terminais que precisam fazer uso de medicamentos de alto custo, em sua grande maioria das vezes, experimentais.

Logo, entende-se que pensar em um direito à saúde efetivo também permite concluir pela necessária ação de fornecer medicamentos, desde os mais tradicionais e de fácil acesso, até os que se encontrem em fase experimental ou mesmo em terapias alternativas para doenças conexas.

5. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO X DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO A MEDICAMENTOS ENQUANTO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Diante do até aqui proposto, tem-se a colisão de princípios aparente entre aquilo que se toma como interesse público da coletividade e o direito individual ao acesso a medicamento de alto custo que irá prolongar ou melhorar a qualidade de vida de pacientes terminais na forma custeada pelos entes públicos, de forma solidária.

De um lado, a Fazenda Pública, repetidamente, alega que sua obrigação constitucional, solidária, é disponibilizar o serviço de Saúde através do Sistema Único de Saúde (SUS) e não o atendimento individualizado e particular a pacientes portadores de doenças graves ou terminais.

Ao revés, o paciente que se encontra em estado de carência e de doença, que necessita ter acesso a medicamentos que não constem da lista autorizada pelo SUS, qual seja, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), vê-se obrigado a procurar o Judiciário para ter suprida uma falta estatal em garantir a manutenção de sua própria vida.

Esta lista – RENAME – serve como um norte (não sendo, portanto, taxativa) para a elaboração de listas de medicamentos pelos entes federados, contudo:

[...] é importante esclarecer que a lista de medicamentos essenciais é instrumento para viabilizar garantias mínimas à população e não pode servir para limitar o acesso integral do indivíduo aos tratamentos que se mostrem necessários à manutenção de sua saúde. Até porque, a lista de medicamentos essenciais contém os medicamentos básicos, para as patologias mais comuns, de modo que terapias relevantes para o tratamento de alguns quadros de saúde podem estar excluídas de seu rol. O fundamental, tanto para pedido administrativo quanto para eventual ação judicial, é haver evidência científica da necessidade do produto fármaco ou do insumo terapêutico. (MAPELLI JUNIOR, 2012, p. 107).

Conforme abordado por (BATISTA & CALIL, 2016, p. 114), o RENAME não se sobrepõe ao direito à saúde, quiçá ao direito à vida ou à uma vida digna: *“dessa forma, no caso concreto de haver enfermidade mais grave ou complexa, deve ser, em qualquer caso, assegurado o acesso ao medicamento adequado”*.

Aqui, tem-se a premissa de que vulnerar o direito social à saúde, enquanto concretizado pelo fornecimento de medicamentos, é o mesmo que vulnerar o direito à vida, *“entendida como possibilidade de cura ou convivência com a doença de modo que permita,*

em alguma medida, o exercício de autodeterminação e da consecução de um projeto de vida” (SALAZAR, 2009, p. 18).

Em que pese a validade dos argumentos propostos pela Fazenda Pública, qual seja, ser a previsão constitucional a de disponibilização do serviço e dos medicamentos devidamente aprovados pelo Ministério da Saúde, bem como a ausência de previsão orçamentária ao cumprimento de ordens judiciais desta natureza (buscando o argumento da supremacia do interesse público sobre o privado), ou mesmo da impossibilidade do Poder Judiciário criar despesas ao Executivo, não se pode olvidar que o que se tem em jogo é uma vida e não um programa ou uma política pública ineficaz.

Desta forma, com fundamento nos autores supra, bem como na perspectiva do Supremo Tribunal Federal em decisões reiteradas, o medicamento de alto custo, quando essencial à manutenção da vida ou quando da ausência de condições financeiras do paciente em arcar com seus custos, deve ser custeado pela Fazenda Pública, nas suas três esferas: federal, estadual e municipal, eis que solidárias, sob pena de fixação de multa diária.

Além disso, não se pode ignorar a relevância dos fundamentos invocados, na medida em que a saúde é direito de todos e há de ser prestada pelo Estado, em todas as suas esferas (artigo 196 da Constituição Federal de 1988).

Tão evidente é esse dever que no mesmo dispositivo acima mencionado, determinou-se que o direito à saúde é garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

E mais, nos termos do artigo 198 também da Constituição Federal de 1988, as ações e serviços públicos integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes indicadas, financiado, conforme artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, dos três entes federativos e Distrito Federal, além de outras fontes.

Assim, a obrigação de fornecer atendimento à saúde é dever da União, do Estado e do Município, respondendo solidariamente entre eles, portanto, todos devem prover os meios necessários para atender a necessidade do cidadão que busca o fornecimento de medicamentos essenciais à manutenção de sua saúde.

Além disso, não há dispensação de medicamentos sem a análise do caso concreto, donde aquele que pleiteia o auxílio deve demonstrar não só a necessidade do uso do medicamento ausente do RENAME por conta da patologia que o acomete, mas também sua

condição financeira precária e, principalmente, a negativa do ente público em lhe fornecer o mesmo.

Tal assertiva, somada a necessidade urgente do autor em receber o medicamento, impõe-se ao deferimento do pedido pelo Poder Judiciário em caráter liminar sob pena de multa diária apta a impelir o adimplemento da decisão judicial urgente.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Fornecimento de medicamento. Portador de neoplasia maligna (câncer) de próstata. Presente a necessidade de se proteger o bem maior que é a vida, em consonância com o direito constitucional estampado no artigo 196 da Constituição Federal, possível a antecipação da tutela. Recurso provido. (TJ-SP - AI: 21742869820158260000 SP 2174286-98.2015.8.26.0000, Relator: Ronaldo Andrade, Data de Julgamento: 15/12/2015, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/01/2016).

Ao mencionar até então a importância do Judiciário, em todas as suas instâncias, retoma-se o tema quanto ao papel do Supremo Tribunal Federal, quanto a questão do “ativismo judicial”, o qual surge no cenário jurídico-político como uma forma do Poder Judiciário suprir as deficiências de políticas públicas do Poder Executivo, bem como a omissão do legislador no Poder Legislativo.

Por meio deste ativismo, o Judiciário tem imposto condutas ou abstenções ao poder público, notadamente no caso debatido aqui, qual seja, fornecimento de medicamentos e custeio de terapias mediante decisão judicial, as quais criam todo um novo “sistema” de interpretação normativa balizando a ponderação de princípios aplicáveis ao caso.

Por fim, cabe mencionar diante da proposta do ativismo judicial, que nem sempre o Judiciário, ainda que na maioria das vezes, concede a liminar e obriga o ente público a fornecer o medicamento requerido. Naqueles casos em que não há comprovação de terapia alternativa em uso ou que esta não seja específica à patologia do requerente, tais pedidos têm sido negados por demandarem maiores pesquisas e comprovações quanto a sua eficácia no tratamento específico pleiteado.

6. CONCLUSÃO

Conforme visto acima, os princípios, norteadores e fundamentadores do ordenamento jurídico, muitas vezes, diante do caso concreto, podem colidir entre si, dada a carga valorativa presente na decisão a ser tomada.

Quando desta colisão, imperiosa a utilização de critérios como a lógica do razoável e a máxima neutralidade do julgador para se alcançar a maior efetividade do princípio da justiça suprema, notadamente quando a questão versar sobre direito fundamental, direito à dignidade humana e/ou direito à vida.

Deve-se evitar que a fixação excessiva de olhares apenas sobre as regras ou mesmo sobre os princípios traga retrocesso ao amplo campo de utilização do princípio da dignidade humana. Por outro viés, este princípio, por sua amplitude, não deve ser utilizado de maneira subjetiva a justificar questões morais dentro de uma sociedade complexa, eis que a dinâmica das relações sociais requer justamente sua adaptação caso a caso.

Trata-se, portanto, de exercício de aplicação do direito a ocorrer de forma rotineira, tal quais os casos concretos abarrotam o Judiciário. Em todos, individualmente, deve-se primeiro buscar a norma mais adequada (seja na forma de regra, seja na forma de princípio) para, na sua insuficiência, socorrer-se de demais critérios de solução do caso concreto.

Chega-se, portanto, à conclusão, diante de tudo que foi exposto até então, de que o direito à saúde, invocado por ambas as partes (Fazenda Pública e paciente) possui ampla dimensão, qual seja, a disponibilização do serviço pelo Poder Executivo e suas políticas públicas aos cidadãos em geral, bem como possui uma face defensiva, própria daqueles que buscam preservar sua dignidade em maior ou menor grau (leia-se: manutenção da vida ou prolongamento da vida de forma digna).

Nesse sentido, muito embora se compreenda que o alto custo dos medicamentos pode ser um grande peso orçamentário ao ente público que se vê compelido a adquiri-lo e repassá-lo àquele que o requer, há necessidade de compreender que o valor da vida deve estar acima do valor contido na responsabilidade fiscal, ainda que esta vise a proteção de um maior número de pessoas.

Neste mesmo entendimento, cabe mencionar que ainda que se trate do direito a vida digna, nem sempre o Judiciário, por meio do ativismo judicial e da ordem de implementação de políticas públicas condizentes com a real necessidade dos cidadãos, concede a tutela liminar de fornecimento de medicamentos, pois isso faria daquele Poder meio fácil a todo aquele que, mesmo com condições financeiras ou sob tratamento regular, dele se socorresse.

Daí a importância da ponderação de princípios em conjunto com a análise das regras pertinentes ao caso concreto para uma subsunção eficaz. Isto porque, diante do pedido individual de um paciente, toda uma coletividade pode ser lesada ao comprometer orçamento destinado à saúde de uma população em geral.

Logo, tem-se que não apenas deve existir a necessidade de um tratamento alternativo ao menos minimamente eficaz à doença que acomete o paciente requerente, como deve coexistir a incapacidade financeira deste e a capacidade financeira do ente público em fornecê-lo. Sendo a responsabilidade solidária, entretanto, este último item – possibilidade orçamentária de custeio e obediência à lei de responsabilidade fiscal - acaba por ser mais facilmente atingido pela compensação orçamentária de um sobre o outro.

Assim, conclui-se que é necessário e imperioso harmonizar o direito ao acesso a medicamentos de alto custo, como forma de concretização e efetividade de garantias constitucionais, com o direito à saúde em sua forma de serviço disponível a todos que dele se socorrerem. Um não deve existir sem o outro, contudo, um também não pode, nem deve ser excludente do outro, pois o valor vida e o valor dignidade humana acabam por sedimentar direitos fundamentais em sua extensão máxima.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. “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.

_____, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 225: 5-37, jul./set. 2001.

BATISTA, C. K. L., CALIL, M. L. G. O direito fundamental de acesso a medicamentos e a função social da propriedade imaterial no Brasil. In: **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 17., n. 1, p. 106-121, mar./jun.2016.

BAUDRILLARD, Jean. **A troca simbólica e a morte**. São Paulo: Loyola, 1996.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2011.

_____, Sueli Gandolfi. Controle judicial de política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. In: **Physis: revista de saúde coletiva**. [online]. 2010, vol.20, n.1, pp.57-75. ISSN 0103-7331. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100005>, Acesso em 08/08/2018.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre Interpretação e Aplicação do **Direito**. 5ª ed. rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Direito sanitário**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hydra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SICHES, Luis Recaséns. **Experiência Jurídica, Naturaleza de la Cosa e Lógica Razonable**. Unam, México: Fondo de Cultura Económica, 1971.