

**ESTUDO DOS RE 566.471 (TEMA 6), RE 657.718 (TEMA 500) E RE 1.165.959 (TEMA 1161) COMO PRINCIPAIS PRECEDENTES DO STF SOBRE A CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA CONSTITUCIONALISTA CONTEMPORÂNEA**

*A STUDY OF RE 566.471 (TEMA 6), RE 657.718 (TEMA 500) AND RE 1.165.959 (TEMA 1161) AS THE MAIN PRECEDENTS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT ABOUT JUDICIAL CONCESSION OF MEDICATION: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALIST DOCTRINE*

**Peter Panutto**

Professor Titular da PUC-Campinas, em regime integral. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD) da PUC-Campinas, no qual é docente da disciplina Jurisdição Constitucional Democrática, bem como realiza orientação de dissertação. Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Realidade Social, bem como do Grupo de Pesquisa Saúde, Direitos Humanos e Vulnerabilidades (CNPq/PUC-Campinas), com atuação na Linha de Pesquisa Direitos Humanos e Políticas Públicas, principalmente em temas envolvendo jurisdição constitucional. Mestre (2012) e Doutor (2015) em Direito - Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino. Bacharel em Direito (1997) e Mestre em Direito Processual Civil (2004) pela PUC-Campinas.  
E-mail: ppanutto@hotmail.com

**Luisa Astarita Sangoi**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Procuradora da República.  
E-mail: luisa.sangoi@gmail.com

Recebido em: 02/07/2022

Aprovado em: 18/04/2023

**RESUMO:** O presente artigo realiza estudo dos RE 566.471 (Tema 6), RE 657.718 (Tema 500) e RE 1.165.959 (Tema 1161) como principais precedentes da Suprema Corte brasileira acerca da concessão judicial de medicamentos, cotejando os argumentos abordados nos julgamentos com as obras de Jeremy Waldron, Ronald Dworkin e outros autores e autoras constitucionalistas contemporâneos acerca do papel das Cortes na definição de direitos fundamentais. O crescente acionamento do Poder Judiciário para demandas relativas ao direito à saúde gera impactos nos contornos desse direito, ao afetar o gerenciamento das políticas públicas que o efetivam. O artigo objetiva, por meio do método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e internacional, contribuir para o debate acerca do melhor processo para a definição do direito à saúde no Brasil, buscando formas para aprimorar o processo decisório que culmina na definição desse direito social e das políticas públicas que o implementam.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Políticas públicas. Supremo Tribunal Federal. Ronald Dworkin. Jeremy Waldron.

**ABSTRACT:** This article studies the RE 566.471 (Tema 6), RE 657.718 (Tema 500) and RE 1.165.959 (Tema 1161) as the main precedents of the Brazilian Supreme Court regarding the judicial concession of medicines, analyzing the arguments addressed by the Justices in face of the main discussions of the works of Jeremy Waldron, Ronald Dworkin and other contemporary constitutionalist authors about the role of the Courts in the definition of fundamental rights. The growing demands related to the right to health effect the contours of this right, by impacting the management of public policies that make it effective. Through the hypothetical-deductive method, with bibliographic research in national and international doctrine, this article aims to contribute to the debate about the best process for defining the right to health in Brazil, seeking ways to improve the decision-making process that culminates in the definition of this social right and the public policies that implement it.

**Keywords:** Judicial Review. Public Policies. Brazilian Supreme Court. Ronald Dworkin. Jeremy Waldron.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Análise dos RE 566.471 (Tema 6), RE 657.718 (Tema 500) e RE 1.165.959 (Tema 1161) como principais precedentes do STF sobre a concessão judicial de medicamentos. 2 Análise das obras de Ronald Dworkin, Jeremy Waldron e outros constitucionalistas contemporâneos acerca do papel das Cortes Constitucionais na definição de direitos fundamentais. 2.1 Direitos e desacordos: a obra de Jeremy Waldron. 2.2 Levando os direitos a sério: a obra de Ronald Dworkin. 2.3 Outros autores da doutrina constitucional contemporânea. 3 Cotejo dos fundamentos decisórios adotados pelo STF em face da doutrina constitucionalista contemporânea. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Os problemas existentes no Sistema Único de Saúde geram o manejo de sucessivas ações judiciais acerca da temática, mormente no que toca a medicamentos, razão pela qual a definição de critérios e limites para a intervenção judicial surge como assunto de intenso debate doutrinário, especialmente quando os medicamentos objeto do acionamento judicial possuem alto custo, com o potencial de desfalcar o orçamento público.

Esse potencial impacto das decisões judiciais traz naturalmente o questionamento acerca da melhor forma de definição dos contornos do direito à saúde e de suas políticas públicas. As análises pelo Poder Judiciário retiram da esfera dos poderes eleitos a definição das prioridades no que toca aos gastos com políticas públicas de saúde.

Por outro lado, os debates que ocorrem na esfera da Suprema Corte levam a reflexões argumentativas aprofundadas acerca desse direito e suas políticas. Esses aspectos tornam relevante o questionamento acerca do melhor procedimento para a definição de direitos fundamentais e de como se pode melhorar o processo decisório acerca desses direitos.

Para realizar o estudo, inicialmente serão analisados três precedentes do Supremo Tribunal Federal, que tiveram repercussão geral reconhecida, acerca da concessão de medicamentos na via judicial, com fundamentos decisórios e discussões surgidas ao longo dos debates: o RE 566.471 (Tema 6), o RE 657.718 (Tema 500) e o RE 1.165.959 (Tema 1161).

Feita essa análise, serão estudados elementos da obra “Direitos e desacordos” de Jeremy Waldron, expondo aspectos do posicionamento deste acerca da legitimidade da definição de

direitos por Parlamentos, da conveniência em prever esses direitos em Cartas Constitucionais e da divergência existente acerca dos direitos e seus limites.

Após, serão examinadas as obras “Levando os direitos a sério” e “Império do Direito” de Ronald Dworkin, abordando-se em especial a compreensão deste acerca do papel das cortes na definição de direitos e proteção de minorias, o caráter argumentativo do Direito e a teoria da integridade para julgamentos de qualidade.

Então, serão trazidos no tópico seguinte argumentos apresentados por outros autores e autoras constitucionalistas contemporâneos acerca do processo de definição de direitos pelas Cortes.

Por fim, o último item será destinado cotejar os precedentes do Supremo Tribunal Federal em face da doutrina constitucionalista contemporânea, no intuito de explicitar um posicionamento próprio a respeito da controvérsia.

O presente artigo utiliza-se do método hipotético-dedutivo, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial, além de estudar casos para demonstrar o papel das Cortes na definição de direitos fundamentais, especialmente o direito social à saúde.

Este artigo buscará abordar visões distintas acerca do papel do Supremo Tribunal Federal, expostas por autoras e autores da doutrina nacional e estrangeira. Por meio do comparativo entre essas visões, espera-se demonstrar a complexidade da questão, bem como fornecer subsídios para o aprimoramento do processo decisório relativo ao direito à saúde no Brasil.

## **1 ANÁLISE DOS RE 566.471 (TEMA 6), RE 657.718 (TEMA 500) E RE 1.165.959 (TEMA 1161) COMO PRINCIPAIS PRECEDENTES DO STF SOBRE A CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS**

Nesse tópico, serão examinados três precedentes em que o Supremo Tribunal Federal analisou a concessão judicial de medicamentos: o RE 566.471 (Tema 6), o RE 657.718 (Tema 500) e o RE 1.165.959 (Tema 1161).

O Recurso Extraordinário 566.471 analisou a concessão de medicamentos não previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS), que teve Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema 6. O Recurso Extraordinário 657.718 analisou a possibilidade de concessão judicial de medicamentos sem registro na ANVISA, o qual teve repercussão geral reconhecida pelo STF no tema 500 (CALDERON-VALENCIA; MACHADO; BRUSTOLIN, 2021, p. 95-123). Por fim, o Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161) analisou a possibilidade de fornecimento gratuito do Medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, sem registro na ANVISA, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Tendo em vista que a análise realizada pelo Ministro Alexandre de Moraes no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161) adentrou nos fundamentos dos outros dois precedentes mencionados neste tópico, a análise será feita a partir dos fundamentos decisórios desse voto.

No Recurso Extraordinário 1.165.959, o relator para o caso foi Ministro Marco Aurélio, porém, este restou vencido, juntamente com o Ministro Edson Fachin, que fixavam tese diversa, e o Ministro Nunes Marques, que não fixava tese. O acórdão final vencedor foi redigido pelo Ministro Alexandre de Moraes.

A Corte Suprema negou provimento ao Recurso e determinou que o Poder Público seria obrigado a fornecer o Medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, sem registro na ANVISA, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Ao tratar do caso, o Ministro Alexandre de Moraes, que redigiu o acórdão, mencionou os julgamentos dos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718.

Acerca do Recurso Extraordinário 657.718 (Tema 500), salientou que neste restou decidido que, em regra, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, uma vez que “o registro representa medida necessária para assegurar que o fármaco é seguro, eficaz e de qualidade”. Porém, tal proibição não alcançaria “as hipóteses de dispensa de registro ou de fornecimento de fármacos não registrados que tenham previsão na legislação nacional e sejam regulamentadas, autorizadas e controladas pela ANVISA”. Além disso, definiu-se que o custeio do medicamento, pelo Estado, somente deveria ocorrer quando demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente. Transcreve-se abaixo a tese jurídica do precedente (BRASIL. STF, 2021):

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. (BRASIL. STF, 2021)

Por seu turno, no RE 566.471, já foi finalizado o julgamento, porém o Pleno deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior. Prevaleceu o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio: “o direito fundamental ao mínimo existencial prepondera sob quaisquer objeções de cunho administrativo ou orçamentário, cabendo ao Poder Judiciário tutelar situações especiais não alcançadas pelas políticas de dispensação de medicamentos existentes”. (BRASIL. STF, 2021)

Nesse caso, quanto às condições para a concessão excepcional, o Ministro Marco Aurélio condicionou a intervenção às hipóteses em que demonstrada a imprescindibilidade do medicamento ou tratamento para a saúde das pessoas a incapacidade financeira do(a) paciente e de sua família. “Pontuou o Relator que a imprescindibilidade estará configurada quando provado, em processo e por meio de laudo médico lícito, que o uso do medicamento de alto custo é necessário ao aumento de sobrevida ou à melhoria da qualidade de vida digna do enfermo”. (BRASIL. STF, 2021)

No que concerne à incapacidade financeira, anotou que o direito ao recebimento gratuito depende “da demonstração de que o cônjuge, companheiro(a), ascendentes, descendentes e irmãos, nessa ordem, também não dispõem de meios para arcar com os custos do medicamento, sem prejuízo do sustento do mínimo existencial”. Propôs a fixação da tese nos moldes seguintes:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade, adequação e necessidade, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil. (BRASIL. STF, 2021)

Houve grande divergência no que toca aos requisitos para a concessão excepcional de medicamentos não previstos nos programas do SUS. Por conta disso, o Tribunal deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior. Contudo, o Ministro Gilmar Mendes pediu vistas na sessão virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. Embora agendada sessão para concluir o julgamento para outubro de 2021, posteriormente reagendada para novembro de 2021, ainda não foi concluído

o julgamento. Portanto, ainda não foram definidos os requisitos para que ocorra a concessão excepcional, razão pela qual não foi fixada a tese do Tema 6.

Ao analisar o Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161), observou-se que, em ambos esses *leading cases* (Temas 500 e 6), as listas oficiais de dispensação e dos protocolos de intervenção terapêutica do SUS traduziram “uma avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas (art. 19-Q, § 2º, II, da Lei Orgânica do SUS)”. Além disso, pontuou que essas listas são “importante referência de segurança para usuários, profissionais de saúde e participantes do mercado de medicamentos”, pois elas “buscam minimizar os danos que podem advir do uso irracional de fármacos de qualidade duvidosa, sem eficácia ou fora da dosagem apropriada”. (BRASIL. STF, 2021)

Todavia, consignou-se que, embora as políticas de assistência farmacêutica possam ser padronizadas, as necessidades de atendimento de cada paciente não são padronizáveis a modelos taxativos, já que a ação de cada medicamento é variável de acordo com as propriedades de cada organismo, “o que tem suscitado críticas ao emprego equivocado da metodologia de padronização na farmacologia”. Assim, a decisão de abandonar o fornecimento de um medicamento em caráter geral em virtude da inconveniência econômica do seu custo “não exclui a obrigação estatal de atenção à saúde de todos, nem impossibilita que o fármaco ou procedimento venha a ser deferido excepcionalmente”. (BRASIL. STF, 2021)

Mencionou, nesse sentido, o Enunciado 61 da II Jornada de Direito à Saúde do CNJ:

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado. (BRASIL. STF, 2021)

Assim, ponderou que, embora padronizar seja um imperativo de gestão pública, “não pode frustrar o atendimento minimamente necessário às peculiaridades fisiológicas de quem não tem outra alternativa senão socorrer-se do SUS”, pois isso submeteria “pessoas necessitadas de tratamentos mais complexos ou portadoras de doenças de baixa prevalência e por isso vitimadas pela ausência de interesse da indústria farmacêutica a uma condição de dupla vulnerabilidade”. (BRASIL. STF, 2021)

A partir desse raciocínio, o Ministro Alexandre de Moraes concluiu que, não obstante as peculiaridades que envolveram cada um dos casos concretos subjacentes aos Temas 500 e 6, definiram-se algumas premissas consensuais para o fornecimento de fármaco não constantes das listas de dispensação do SUS, quais sejam (a) a comprovação da imprescindibilidade do medicamento; (b) a impossibilidade de substituição por outro similar; (c) a incapacidade financeira do enfermo; e (d) não se cuidar de medicamento experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. (BRASIL. STF, 2021)

Entendeu que essas premissas seriam totalmente aplicáveis ao caso julgado no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161), já que o autor “demonstrou não ter condições financeiras de importar a substância terapêutica”. Assim, acompanhou o Relator, para negar provimento ao Recurso Extraordinário, divergindo apenas quanto aos termos da tese. Neste sentido, foi fixada a seguinte redação à tese do tema 1161 (BRASIL. STF, 2021):

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do

paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos. (BRASIL. STF, 2021)

A partir da análise dos precedentes acima mencionados, pode-se concluir que, embora o registro e padronização das listas oficiais do SUS tenham sido considerados fatores relevantes para a concessão judicial de medicamentos nos temas 6 e 500, ainda assim o Supremo abre exceções nos casos em que o medicamento for imprescindível, não houver outro similar, o enfermo não detenha capacidade financeiro e não se trate de medicamento de uso proscrito pela ANVISA ou experimental, conforme tese do tema 1161.

## **2 ANÁLISE DAS OBRAS DE DWORIN, WALDRON E OUTROS CONSTITUCIONALISTAS CONTEMPORÂNEOS ACERCA DO PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Analisados os precedentes acima que definiram contornos de julgamento para o direito à saúde no caso de concessão judicial de medicamentos, passa-se à análise de obras importantes da doutrina constitucional contemporânea acerca do papel das Cortes Constitucionais na definição de direitos.

### **2.1 Direitos e desacordos: a obra de Jeremy Waldron**

Jeremy Waldron entende que o processo de definição dos direitos deveria ocorrer na esfera deliberativa do Parlamento. Para ele não seria adequado pressupor que a minoria teria seus direitos suprimidos pela maioria se estes fossem deixados livres à apreciação legislativa. Assevera que não há unanimidade acerca de quais seriam esses direitos, pois vivemos em uma sociedade plural, o que tornaria difícil afirmar que direitos estariam sendo suprimidos. (WALDRON, 2004, p. 1)

Além disso, Waldron afirma que a alegação de que a maioria seria predatória com relação aos direitos da minoria viola o próprio fundamento que a doutrina utiliza para fundamentar o reconhecimento de direitos ao ser humano: consciência, responsabilidade e autonomia das pessoas. O ser humano teria, portanto, a capacidade de votar e manifestar sua opinião, de boa-fé, acerca dos direitos dos outras pessoas que compõem a comunidade. Ademais, a definição de direitos não é uma tarefa fácil, e, por conta disso, as pessoas da coletividade discordam de boa-fé a respeito de quais seriam esses direitos e os seus limites.

O autor defende que a divergência existe na sociedade, no seio do legislativo, e persiste nas Cortes Constitucionais. A grande diferença entre os Parlamentos e as Cortes Constitucionais seria que aqueles incorporam as divergências em seus procedimentos, sem tentar fingir que essas divergências não existem. O processo legislativo não determina uma conclusão final sobre qual decisão seria a decisão correta, apenas estabelece qual posição tem maior apoio entre todas e todos. (WALDRON, 2004, p. 24)

Segundo Waldron, é importante que as comunidades tomem suas decisões utilizando procedimentos que sejam respeitosos quanto ao desacordo e que permitam que vozes diversas sejam ouvidas no debate sobre qual deve ser a solução para o problema comum, o que demonstra a importância dos textos legislativos como um foco para uma deliberação ordenada. (WALDRON, 2004, p. 86)

Portanto, Waldron afirma que, diante desse desacordo, respeitado o fato de que existem diversas opiniões, razoáveis e de boa-fé, a segunda questão que surge é sobre a escolha do método de equacionar o problema. Na votação majoritária, confere-se igual peso à visão de cada pessoa no processo pelo qual uma visão é selecionada como a opinião do grupo. Esse método confere a máxima efetividade a cada voto em circunstâncias de igualdade. Dessa forma, conclui Waldron, a

votação majoritária se apresenta como o método justo de tomada de decisões. (WALDRON, 2004, p. 111-113).

Transpondo essa análise ao controle judicial de políticas públicas, Waldron põe em xeque o protagonismo de órgãos não eleitos para definir os contornos dos direitos das pessoas. Na medida em que Waldron questiona o entrincheiramento de direitos em cartas constitucionais e o controle de constitucionalidade da legislação, opõe-se igualmente ao controle judicial de políticas públicas, já que estas efetivam direitos. Caberia, portanto, às eleitoras e aos eleitores, por meio de seus votos, definirem os rumos dessas políticas, ao elegerem seus representantes no Legislativo e no Executivo.

Essa análise gera o questionamento acerca do protagonismo judicial exercido pelo STF na definição dos contornos do direito à saúde, ao definir e estabelecer critérios para a concessão judicial de medicamentos, assunto que, em última análise, diz respeito ao orçamento e aos próprios rumos das políticas públicas de saúde. Trata-se de assuntos afetos essencialmente à seara de deliberação política, a qual é a única seara verdadeiramente respeitosa das divergências existentes na sociedade, segundo Waldron.

Por outro lado, quando se transpõem os argumentos de Waldron especificamente à análise dos direitos discutidos nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 566.471 (Tema 6), 657.718 (Tema 500) e 1.165.959 (Tema 1161), vislumbra-se com clareza aspectos que poderiam ter sido negligenciados caso o direito a medicamentos tivesse sido deixado ao alvedrio dos Poderes Legislativo e Executivo.

Deveras, embora eleitos, os Poderes Legislativo e Executivo utilizam critérios utilitários na definição do direito a medicamentos (por meio das listas de programas de saúde e medicamentos – RENAME), tomando em conta, por exemplo, a quantidade de pessoas que desenvolvem determinado quadro clínico e os custos de determinados medicamentos.

Sendo assim, como ficaria a garantia do direito à saúde das pessoas que possuem doenças raras, cujos medicamentos para tratamento possuam custo elevado? Essas questões foram levadas a julgamento nos Recursos Extraordinários 566.471 (Tema 6), 657.718 (Tema 500) e 1.165.959 (Tema 1161) e leveram o Poder Judiciário a concluir que o direito à saúde, constitucionalmente previsto, precisa ser garantido. Assim, embora as listas do SUS sejam de fato um padrão importante, necessita haver um exame de casos em que os medicamentos, por tratarem doenças raras, não se encontram na lista. Nesse caso, o direito à saúde das pessoas que litigam precisa ser examinado e resguardado.

Vislumbra-se que a visão doutrinária de Jeremy Waldron não levaria à garantia do direito dessas pessoas, já que o Parlamento e também o Poder Executivo não são, ao contrário do cenário preconizado pelo autor, locais em que seja possível examinar os direitos com uma visão dissociada do utilitarismo e do direito das majorias, em especial as majorias na acepção de poderio econômico, das quais a indústria farmacêutica é uma grande representante.

Nesse sentido, passa-se à análise da obra de Ronald Dworkin que aborda alguns desses questionamentos com maior profundidade.

## **2.2 Levando os direitos a sério: a obra de Ronald Dworkin**

Dworkin assevera que a teoria constitucional em que se baseia o governo norte-americano se destina a proteger os cidadãos contra decisões que a maioria pode tomar, mesmo quando essa maioria age visando ao que considere ser o interesse geral, e não simplesmente em uma teoria da supremacia das majorias. Essa interferência na democracia ocorre porque as constituintes e os constituintes presumiram que essas restrições poderiam ser justificadas por meio de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria. (DWORKIN, 2011, p. 208-209)

Exatamente por isso as estudiosas e os estudiosos da teoria política têm chamado os direitos constitucionais de direitos contra o Estado, ou seja, contra a maioria. O processo político constitui um contraponto eficaz às violações dos direitos das minorias politicamente ineficazes.

A Suprema Corte reconhece direitos que são contrários ao que a maioria da sociedade deseja. Um indivíduo tem uma proteção contra a maioria, ainda que à custa do interesse geral. O conforto da maioria será adaptado a fim de assegurar os direitos das minorias. Afirmar que esses direitos poderiam ser reconhecidos pela maioria, por um processo histórico, e que não deveriam ser impostos por um Tribunal com base em princípios, ignora a concepção acerca do que seriam direitos. A reivindicação de um “direito pressupõe um argumento moral que não pode ser estabelecido de nenhum outro modo”. (DWORKIN, 2011, p. 229-239)

Portanto, Dworkin defende que o sistema constitucional norte-americano se baseia em uma teoria moral específica, qual seja a de que homens e mulheres possuem direitos morais contra o Estado. Um Tribunal que assuma o ônus de concretizar tais direitos morais deve ser um Tribunal ativista, no sentido de que deve formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta. Essa visão de sistema constitucional é incompatível com a teoria da moderação judicial, seja porque esta permite que a maioria julgue em causa própria, seja porque se baseia em um ceticismo acerca dos direitos morais. (DWORKIN, 2011, p. 231)

Assevera que os direitos individuais não podem ser restringidos em nome de um bem-estar coletivo. A instituição de direitos contra a maioria é uma prática complexa, que justamente torna mais difícil assegurar o bem-estar geral. Qualquer um que professe o respeito a direitos deve aceitar pelo menos uma de duas ideias importantes: a ideia de dignidade da pessoa humana, preconizada por Kant, consoante a qual há formas inaceitáveis de tratar o ser humano; e a ideia de que as pessoas mais frágeis da comunidade têm direito a igual respeito e consideração que as pessoas mais fortes. (DWORKIN, 2011, p. 304-305)

Dworkin rebate a tese de que os direitos seriam controversos, no sentido de que não seria possível alcançar uma verdade. Afirma que, “mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”. Portanto, a tese de não há resposta correta é hostil à ideia defendida por Dworkin. (DWORKIN, 2011, p. 430)

No que toca ao processo de definição de direitos pelas juízas e juízes, em sua obra *Império do Direito*, Dworkin defende que não existe total liberdade criativa das magistradas e dos magistrados, tampouco há uma coerção mecânica do texto em relação ao juiz. Segundo ele, a interpretação tem por objetivo revelar em sua melhor luz o objeto interpretado. Assim, ela deve considerar as decisões anteriores tomadas sobre aquele objeto, bem como a forma com que essas decisões foram tomadas. (DWORKIN, 1999, p. 292)

Ao contrário de Kelsen e Hart, Dworkin entende que, para compreender a atividade interpretativa, dever-se-ia adotar a analogia com a prática de “cortesia”. O que importa é perceber que “o critério é construído argumentativamente, por meio de reflexão e construção teórica metodologicamente regulada (por exemplo, pressupondo coerência, ausência de contradição entre os argumentos, clareza, economicidade, simplicidade etc) para os melhores argumentos. (MACEDO JR, 2013, p. 202-206) Por conseguinte, a teoria de Dworkin revela “o caráter hermenêutico da ciência jurídica e a necessidade de essa possuir uma atitude interpretativa”. (STRAPASSON, 2022, p. 564)

Analisado o caráter argumentativo do processo decisório, Dworkin introduz o conceito de integridade. Segundo esse conceito, o magistrado necessita avaliar como a interpretação do caso concreto se adequaria à história institucional da prática jurídica em questão (adequação). Além disso, ele precisa procurar a interpretação que melhore a prática jurídica (justificação). Para o autor, é necessário que se analise a integridade na legislação, “a qual solicita aos legisladores que mantenham o direito coerente em relação aos princípios”, e a integridade do julgamento, “segundo

o qual os juízes devem conceber o corpo do direito como um todo, não como uma série de decisões diferentes que são livres para tomar”. (STRAPASSON, 2022, p. 564)

Portanto, o direito como integridade é o produto da interpretação abrangente da prática jurídica e sua fonte de inspiração. Nos casos difíceis, cabe, então, às juízas e aos juízes continuarem a interpretar o mesmo material, o qual se oferece como a continuidade e origem das “interpretações mais detalhadas que recomenda”. (STRAPASSON, 2022, p. 580)

A compreensão de Dworkin envolve aspectos cruciais do papel das Cortes na definição de direitos e contra-argumenta inúmeras críticas formuladas a essa revisão. Centra-se na imparcialidade e equidistância das magistradas e dos magistrados, elementos considerados necessários para que a definição do direito ocorra fora da seara dos embates políticos e seja centrada na discussão argumentativa. Por outro lado, introduz o conceito de integridade como elemento importante para que as decisões judiciais sejam tomadas de forma adequada.

Essa visão acerca do papel das Cortes na definição dos direitos fundamentais pode ser vista com clareza ao longo dos julgamentos dos Recursos Extraordinários 566.471 (Tema 6), 657.718 (Tema 500) e 1.165.959 (Tema 1161), nos quais o direito à saúde foi analisado a partir do histórico dos julgamentos sobre esta temática na Suprema Corte. Esses julgamentos ocorreram após amplo debate e audiência pública sobre o assunto, o que vem ao encontro da necessidade de visualizar o Direito como integridade, um romance em cadeia escrito pelos inúmeros julgadores que julgam as demandas.

Outros aspectos acerca do papel das Cortes na definição dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, serão visto em tópico subsequente.

### **2.3 Outros autores da doutrina constitucional contemporânea**

Tom Ginsburg, em sua obra “Judicial Review in New Democracies”, aborda o possível conflito entre controle de constitucionalidade e democracia, rechaçando que ocorra de fato essa relação de oposição. Afasta para tanto a democracia da ideia de soberania popular. (GINSBURG, 2003)

Segundo ele, nas novas ondas de democratização, a ideia de soberania parlamentar está em declínio. De forma reversa, nessas novas ondas, têm ocorrido expansão global do poder judicial. Ao abordar a terceira onda de democracias no mundo, verificou que ocorreu uma expansão geral do poder das juízas e dos juízes em democracias estabelecidas e também em novas democracias. Todas as constituições pós-soviéticas teriam ao menos formalmente uma previsão de Corte Constitucional com poder de revisão judicial. Observou que, em Constituições de países que ainda não atingiram o ideal de democracia, existem provisões de revisão constitucional que não foram devidamente implantadas após vários anos da promulgação da Constituição. (GINSBURG, 2003)

O autor conclui que a incerteza política leva à adoção do controle judicial como forma de garantia de proteção da barganha constitucional. Já a existência de poder político difuso determina o sucesso que as cortes terão ao serem assertivas no seu poder. (GINSBURG, 2003)

Ao estudar o leste asiático, o Ginsburg demonstra como regimes governados por formas personalísticas de autoridade podem se transformar em Estados de Direito. Cultura e tradições legais não seriam, portanto, barreiras intransponíveis para uma democracia liberal. (GINSBURG, 2003)

O autor enxerga o controle de constitucionalidade como um seguro. Segundo o autor, a previsão do controle judicial se relaciona à incerteza da configuração política futura. Se houver apenas um partido, há pouco incentivo para que a fixação de um árbitro neutro nas contendas sobre a constitucionalidade, pois esse partido irá desejar manter o controle dessa interpretação. Por outro lado, se houver várias forças políticas em disputa pelo poder, torna-se vantajosa a previsão do controle judicial de constitucionalidade, como um fórum alternativo para as disputas políticas. (GINSBURG, 2003)

O cenário de incerteza que existe durante a Constituinte faz com que o controle judicial de constitucionalidade seja um seguro para todas e todos envolvidos na elaboração da Constituição de que esta será observada no futuro. Assim, a previsão do controle judicial de constitucionalidade termina sendo favorável à instituição da democracia no país ao facilitar a barganha política na redação da Constituição e garantir que esta seja firmada. (GINSBURG, 2003)

Rodrigo Brandão, em artigo denominado “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”, analisou as teorias e condições para a expansão do Judiciário no Brasil. Teve por objetivo construir uma abordagem interdisciplinar que esclareça as condições políticas e institucionais para a expansão do Judiciário. Segundo ele, as condições para a judicialização da política são políticas ou institucionais.

Quanto às condições políticas, menciona democracia e pluralismo, ressaltando que a principal causa para a expansão do Judiciário é a afirmação da democracia e a fragmentação política. Aduz que o Judiciário garante a preservação das regras do jogo eleitoral e vela pela intangibilidade de um consenso político mínimo. Aborda também o federalismo e a separação de Poderes. Assevera que a separação de poderes geraria problemas de coordenação entre os poderes que, em geral, seriam resolvidos pelo Poder Judiciário. (BRANDÃO, 2013, p. 251-290)

No que toca às condições institucionais, menciona que seriam decisivas para o controle de constitucionalidade a existência de um catálogo de direitos. Aborda o controle de constitucionalidade e seu perfil. Nesse ponto, assevera que o acesso e o uso das cortes por grupos de interesse e por partidos de oposição influiriam na existência de revisão judicial. Menciona o rol de atos impugnáveis no controle de constitucionalidade: quanto maior o rol de legitimados e maior o rol dos atos impugnáveis por controle de constitucionalidade, maior seria a judicialização da política. Aborda também o rol de Competências da Suprema Corte ou da Corte Constitucional: mais importante do que o aspecto quantitativo seria o relevo político das matérias submetidas à Suprema Corte. Menciona, por fim, a constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional: quanto mais analítica a Constituição e mais dificultoso seu processo de alteração, maior seria a expansão do Poder Judicial. (BRANDÃO, 2013, p. 251-290)

Os julgamentos sobre o direito à saúde estudados no presente artigo são bons exemplos da expansão do Poder Judicial, ao examinar políticas públicas que interferem de forma intensa no orçamento estatal, tudo isso em decorrência da expansão de nossa democracia, que trouxe consciência ao povo dos seus direitos e da possibilidade de busca-los pela via judicial. Os julgamentos referidos claramente decorreram da previsão ampla do direito à saúde em nossa Constituição, em cujo bojo o controle de constitucionalidade foi previsto também de forma extensa. Assim, inevitavelmente, os julgamentos sobre o direito à saúde nos Recursos Extraordinários 566.471 (Tema 6), 657.718 (Tema 500) e 1.165.959 (Tema 1161) trouxeram exemplos da expansão do Poder Judicial explicada por Ginsburg e Rodrigo Brandão em seus estudos.

Passa-se, no tópico seguinte, a uma visão mais completa da doutrina constitucionalista contemporânea em face dos fundamentos decisórios adotados pelo STF nos julgamentos abordados no presente artigo.

### **3 COTEJO DOS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS ADOTADOS PELO STF EM FACE DA DOUTRINA CONSTITUCIONALISTA CONTEMPORÂNEA**

Analisados alguns dos argumentos suscitados pela doutrina constitucionalista contemporânea sobre o papel das Cortes na definição de direitos e as possíveis interferências no âmbito da democracia, passa-se ao cotejo desses argumentos com os julgamentos do Supremo Tribunal Federal relativos à concessão judicial de medicamentos.

Ao analisar o processo de análise e julgamento dos temas 6, 500 e 1161, pelo Supremo Tribunal Federal, é possível vislumbrar um processo complexo de análise da preservação do direito à saúde, levando-se em conta aspectos individuais e coletivos.

Foi examinada pela Corte a necessidade de observar a existência de registro na ANVISA e a inscrição no Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS), que refletem a importância dada à coesão e ao caráter sistêmico das políticas públicas de saúde brasileiras.

Por outro lado, também foi efetuada uma análise individualizada das necessidades de saúde do indivíduo e da atenção às peculiaridades individuais no tema 1161, no qual o Ministro Alexandre de Moraes considerou que, embora as políticas de assistência farmacêutica possam ser padronizadas, as necessidades de atendimento de cada paciente não são padronizáveis a modelos taxativos, já que a ação de cada medicamento é variável de acordo com as propriedades de cada organismo. Assim, a decisão de abandonar o fornecimento de um medicamento em caráter geral em virtude da inconveniência econômica do seu custo não excluiria “a obrigação estatal de atenção à saúde de todos”, nem impossibilitaria que o fármaco ou procedimento fosse deferido excepcionalmente.

Essas análises realizadas nos três precedentes demonstram a existência de ponderação, nos julgamentos com repercussão geral, entre as particularidades e direitos individuais envolvidos e o caráter sistêmico e coletivo do direito à saúde. Elas também revelam de forma clara a questão subjacente ao processo de definição de direitos no âmbito das Cortes, abordadas pela doutrina constitucionalista moderna: a tensão permanente e o sopesamento entre a esfera coletiva e a esfera do direito individual.

Trazidas essas análises à doutrina constitucionalista contemporânea, verifica-se um papel importante exercido pela Suprema Corte brasileira na definição dos contornos do direito à saúde, o qual, não obstante as ponderações de Jeremy Waldron, não poderia ser desenvolvido pelo Parlamento.

Do ponto de vista de Waldron, os direitos fundamentais seriam melhor definidos na esfera do Parlamento. O autor defende que vivemos em uma sociedade plural, onde as pessoas discordam de praticamente todas as questões. Dessa forma, não seria justo que, em meio a tamanha diversidade, se deixasse a definição de direitos nas mãos de algumas juízas e juizes, ditos superiores intelectualmente. Ademais, para ele, juízas e juizes não seriam imparciais distantes da causa, pois eles também fazem parte da sociedade e têm interesses próprios. Quando julgam, eles apenas imporiam a todos sua perspectiva sobre a questão.

Assim, segundo Waldron, o melhor procedimento para definir direitos seria aquele que consegue congrega e colocar em embate as diversas correntes sociais. Para que seja possível tal reunião, Waldron afirma que são importantes as regras procedimentais e o texto escrito, o que servirá como maneira de focar a decisão em uma só questão e permitir que todos se manifestem sobre ela. Esse procedimento respeitaria a diversidade que existe na sociedade, invés de ignorá-la.

Em síntese, segundo a corrente de pensamento preconizada por Waldron, após o embate das diversas correntes, a questão deveria ser votada por todas e todos envolvidos, por intermédio do Parlamento. Para cada cabeça, um voto. Assim, garantir-se-ia que o posicionamento de cada pessoa não apenas seria respeitado, como também teria peso decisivo no momento de chegar a uma decisão. O direito à participação nas decisões sobre direitos e políticas é o direito dos direitos, pois garante que todos possam participar na definição dos rumos da comunidade.

Esse posicionamento conflita com o de Ronald Dworkin, o qual defende que a definição e a proteção dos direitos fundamentais devem ser deixadas ao encargo de uma Corte Constitucional, composta de juízas e juizes imparciais, que estejam distantes da causa posta em discussão. Afirma que não seria correto deixar tal definição ao arbítrio da maioria, pois esta se encontraria envolvida na situação, de forma que não teria condições de julgar adequadamente qual direito competiria a cada um. Assevera que, na tarefa de reconhecimento de direitos, muitas vezes o bem-estar coletivo precisa ser reduzido. Sacrifica-se o bem-estar coletivo em nome de tal reconhecimento. Assim se faria porque direitos são assuntos muito sérios, e sua violação implicaria tratar um ser humano como menos humano que o outro, violando sua dignidade. Dessa forma, embora a maioria não

tenha interesse no reconhecimento de determinado direito, este ainda assim deve ser efetivado, no intuito de proteger a dignidade das pessoas.

Dworkin defende também que o papel das juízas e juízes na definição e proteção de tais direitos não decorreria de discricionariedade. O juiz deveria, isto sim, desvendar quais direitos competem moralmente a cada parte no conflito. Ele não inventa tais direitos, mas apenas descobre quais direitos e deveres já existem. Nesse ponto, Dworkin compreende o direito sob o viés argumentativo (metáfora da cortesia) e sob a ótica da integridade. O papel do magistrado no caso concreto seria escolher a melhor interpretação à luz dos argumentos trazidos, sempre tendo em conta que o direito é uma continuidade. “Os juízes devem conceber o corpo do direito como um todo, não como uma série de decisões diferentes que são livres para tomar”. (DWORKIN, 1999, p. 203)

Ao analisar as possíveis interferências democráticas do controle judicial, Tom Ginsburg observa que, ao contrário do preconizado por autores como Waldron, em democracias novas a previsão do controle de constitucionalidade favoreceria a instituição de regime democrático, pois esse controle seria uma espécie de seguro ao partido que não vencesse as eleições, uma garantia de que teria um outro canal para levar suas pretensões em caso de derrota eleitoral. Assim, o controle de constitucionalidade estaria presente nas democracias do mundo e, na verdade, os regimes autoritários (não democráticos) seriam aqueles em que o controle judicial não estaria bem estabelecido.

Por seu turno, Rodrigo Brandão, em seu estudo, considera que a ampliação do controle de constitucionalidade seria decorrente de condições políticas e institucionais favoráveis. Quanto às condições políticas, destaca a democracia e o pluralismo do regime, a separação de poderes e o federalismo como pressupostos para regimes em que o controle judicial é forte. No que toca às condições institucionais, menciona a existência de uma carta de direitos, a extensão da Constituição e o perfil do controle constitucional (quantidade de atos submetidos a controle, rol de legitimados, o poder conferido à corte constitucional, eficácia da decisão da corte). Transposta a análise para o Brasil, verifica-se que as condições políticas e institucionais brasileiras justificariam o progressivo aumento do poder judicial e a judicialização da política.

Vistos esses argumentos e transpondo-os para a análise do controle judicial do direito à saúde, observa-se que a definição dos contornos do direito à saúde no Brasil tem sido um processo longo, que sofreu grandes transformações a partir da Carta Constitucional de 1988, a qual previu a universalização do direito e a criação de um Sistema que garantiria a todas e todos o acesso a um pacote mínimo de serviços de saúde. (MATTA, 2014, p. 421-441) Essa previsão foi inédita no Brasil, que não contava com algo similar, e, portanto, o Sistema Único de Saúde precisou ser desenhado e construído a partir de uma previsão constitucional abstrata.

Esse processo de transformação da realidade, de criação e desenvolvimento de um Sistema de Saúde universal para garantia do direito à saúde ocorreu em diálogo constante do Poder Judiciário, nas ações movidas pelos cidadãos que não obtiveram acesso ao sistema de saúde. Assim, longe de excluir o caráter dialógico da deliberação realizada pelo Parlamento e pelo Executivo, órgãos democraticamente eleitos, a participação do Judiciário na definição dos contornos do direito à saúde trouxe a provocação àqueles Poderes no que toca aos reais problemas enfrentados no acesso à saúde, os quais se revelaram a partir de casos concretos.

Essas análises judiciais envolvem a ponderação de importantes elementos morais, que levam em conta tanto os direitos dos indivíduos quanto a organização do Sistema Único de Saúde, e partem do exame de casos concretos trazidos por cidadãos que se sentiram lesados por alguma lacuna ou falha nas políticas públicas de saúde, conforme se pode inferir dos julgamentos dos temas 6, 500 e 1161.

O Poder Legislativo não teria competência para adentrar nessas análises justamente em virtude de sua estrutura e da sistemática de suas deliberações, as quais partem do cenário amplo, de análises coletivos, e não examinam casos concretos individuais. A ponderação entre a seara

coletiva e individual apenas pode ser realizada a partir da análise pelas Cortes, a quem são levadas as demandas individuais, as quais se transmutam, pela sistemática da repercussão geral, em análises que ponderam os elementos coletivos e individuais dos direitos.

Ademais, não é de se descartar a hipótese suscitada por Thomas Ginsburg, de que o controle de constitucionalidade seja um dos elementos que fortaleceram a democracia brasileira, já que o Brasil vive, sob a égide da Constituição de 1988, seu período democrático mais duradouro. O Brasil é uma democracia recente e o papel exercido pela Suprema Corte nas demandas existentes permitiu que, em um cenário de multipartidarismo extremo, fosse mantida uma estabilidade democrática inédita em nossa história.

Nesse sentido, no Brasil, resta severamente comprometida a teoria de Jeremy Waldron de que a definição do conteúdo dos direitos deveria ocorrer primordialmente na esfera do parlamento. Primeiramente porque essa definição deixaria de analisar pontos importantes que apenas são trazidos mediante demandas individuais. Segundo porque o papel da Suprema Corte no Brasil, em consonância com o defendido por Thomas Ginsburg, de fato aparenta ter fortalecido nossa democracia, e não o contrário.

Ademais, as características institucionais e políticas trazidas pela Constituição de 1988, consoante abordadas por Rodrigo Brandão, confluíram para que o Judiciário tivesse um papel proeminente no cenário político nacional e para que a Suprema Corte fosse ativa na revisão judicial.

Assim, considerando o cenário nacional, as ideias de Waldron não seriam aqui aplicáveis em virtude da estruturação de nossa Constituição. Por outro lado, mesmo considerando o cenário internacional, consoante as análises de Thomas Ginsburg, a ideia de que o controle de constitucionalidade possa ser avessa à democracia contraria a experiência da história recente mundial.

Inferre-se, dessa forma, um papel importante do Poder Judiciário, não cogitado por Waldron, seria o de que a deliberação judicial traga à discussão em abstrato promovida pelo Parlamento e pelo Executivo elementos importantes de análise da realidade na conformação do direito, elementos estes aos quais apenas o Judiciário pode ter acesso por meio das inúmeras ações individuais movidas pelos cidadãos.

O Judiciário, nos moldes preconizados por Dworkin, assumiria o papel de encontrar um denominador a partir dos argumentos suscitados acerca da definição dos direitos individuais dos cidadãos, de forma imparcial, enquanto órgão encarregado do exame dessas situações concretas, papel este que o Poder Legislativo e Poder Executivo não tem atribuição para exercer. Por outro lado, isso não exclui a importância nem é incompatível com processo deliberativo posterior na esfera política, quando se trata da definição dos contornos do direito social coletivo.

Portanto, o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto garantidor das previsões constitucionais e dos direitos fundamentais não exclui o processo democrático e os debates legislativos posteriores. Pelo contrário, ele incrementa as discussões a partir de constantes provocações no que toca a déficits e falhas do sistema, os quais apenas são constatados a partir do acionamento judicial e da necessidade de se conferir força normativa aos preceitos constitucionais.

Contudo, para que esse processo seja efetivo, é necessário que o processo de formação dos precedentes e a tomada de decisões examinem de forma contundente os argumentos trazidos (princípio da cortesia) e obedeçam ao princípio da integridade, exposto por Dworkin. Neste sentido, o processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal deve ser adequado para a criação de precedentes judiciais eficazes, de modo a serem aplicados em casos similares futuros<sup>1</sup>. (PANUTTO, 2017, 215-226)

---

<sup>1</sup> PANUTTO, Peter. A Plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. R. Dir. Gar. Fund, Vitória, v. 18, n. 2, p. 215-226, mai./ago. 2017.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de definição, conformação e efetivação de direitos fundamentais é deveras, complexo, mormente quando se trata de direitos sociais, os quais necessitam, para serem concretizados, de prestações de médio e longo prazo, implementadas por intermédio de políticas públicas.

Nesse ponto, o papel de cada um dos Poderes, bem como os limites para o controle judicial dessas políticas surgem com intensidade no debate doutrinário e jurisprudencial. Até onde pode ir o Poder Judiciário sem que isso comprometa o processo deliberativo democrático do Parlamento e do Poder Executivo?

Nesse ponto, poucos direitos geraram e geram tanta controvérsia quanto o direito à saúde, previsto em linhas largas e otimistas pela Constituição Federal, idealizado enquanto direito de acesso universal, porém ainda concretamente de difícil efetivação para inúmeros dos cidadãos brasileiros.

Quando se analisa o direito à saúde, o julgamento dos temas 6, 500 e 1161 trouxeram à reflexão alguns aspectos do debate sobre o papel do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, na conformação do direito à saúde, enquanto agente catalizador de mudanças promovidas no sistema pelos Poderes Legislativo e Executivo, em virtude das provocações dos jurisdicionados que não tiveram o devido acesso às prestações idealizadas pela Constituinte.

Quanto a isso, analisadas as obras de Ronald Dworkin, Jeremy Waldron e de outros autores e autoras da doutrina constitucionalista contemporânea, é possível notar que os argumentos podem ser ainda hoje considerados atuais nas discussões acerca do papel do Poder Judiciário e especialmente da Suprema Corte na conformação de direitos.

Porém, esses argumentos necessitam ser examinados diante da realidade brasileira, na qual o processo de concretização de direitos fundamentais sociais necessita em grande medida de intervenções constantes do Poder Judiciário em virtude de um descolamento entre o mundo fático e o mundo normativo abstrato.

Deveras, vislumbra-se nos julgamentos relativos à concessão de medicamentos pela Suprema Corte, a forma como esta agregou o processo deliberativo dos Poderes Legislativo e Executivo, ao enriquecer o debate com a análise dos argumentos trazidos à baila pelos mais diversos cidadãos, contribuindo para o aprimoramento das políticas públicas de saúde nacionais, sempre ponderando as dimensões individual e coletiva do direito à saúde.

Nesse aspecto, os argumentos de Waldron acabam sendo superados pelos de Ronald Dworkin, já que a atuação judicial não suprime a divergência existente na sociedade, senão a reconhece e fortalece ao trazer à lume, sob uma ótica argumentativa, os problemas enfrentados nos casos concretos. Esses problemas permitem que Parlamento e Executivo tenham acesso aos mais diversos aspectos relativos ao direito à saúde e possam promover as alterações legais e executivas eventualmente necessárias para o aprimoramento dessas políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1997.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, p. 251-290, 2013.

BRASIL. STF. Informativo 969. Disponível em: <  
<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo969.htm#Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20e%20dever%20de%20o%20Estado%20fornecer%20medicamento%20%E2%80%93%203>>. Acesso em 16 de maio de 2021.

BRASIL. STF. Voto de Ministro Alexandre de Moraes. Sessão de julgamento do RE 566.471. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8fAiIULuEfe&t=2284s>. Acesso em 29 de nov de 2021.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 1.165.959/RS, Tribunal Pleno, Relator Min. Alexandre de Moraes. Diário de Justiça da União, 22 out. 2021.

CALDERON-VALENCIA, Felipe; MACHADO, Edinilson Donisete; BRUSTOLIN, Alessandra. A judicialização de medicamentos sem registro na ANVISA e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para a solução da problemática. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 23 n. 129, Fev./Maio 2021, p. 95-123.

CUNHA, Dirley Júnior. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GENRO, Tarso. *Anais do Seminário Democracia e Justiça: O Poder Judiciário na Construção do Estado Democrático de Direito*. 8.º Painel: O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre, 1998.

GINSBURG, TOM. *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

MACEDO JR., R. P. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATTA, Jairo Luis Jacques da; MARQUES, Gabriel Lima. A prestação jurisdicional excessiva como risco ao princípio da universalidade do SUS: pela naturalização do diálogo entre o Direito e a Saúde. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*. v. 16 n. 109, Jun./Set. 2014, p. 421-441.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *In Revista de Direito do Estado*, n. 7, julho/setembro de 2007, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PANUTTO, Peter. Fiscalização de constitucionalidade: modelos e evolução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 79/2012 | p. 233 - 253 | Abr - Jun / 2012.

PANUTTO, Peter. A Plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. *R. Dir. Gar. Fund*, Vitória, v. 18, n. 2, p. 215-226, mai.\ ago. 2017.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

STRAPASSON, Kamila Maria; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. Diretrizes para o aperfeiçoamento das decisões colegiadas do STF à luz da teoria de Dworkin. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 23, n. 131, p. 556-580, 2022.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford, 2004