

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA DO SETOR
PÚBLICO

NATHALIA OLIVEIRA MARQUES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: TENDÊNCIAS EMERGENTES NO
SISTEMA BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

JOÃO PESSOA
2017

NATHALIA OLIVEIRA MARQUES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: TENDÊNCIAS EMERGENTES NO
SISTEMA BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Economia do Setor Público da Universidade Federal da Paraíba em cumprimento às exigências para obtenção do grau de Mestre em Economia.

Área de Concentração: Economia do Setor Público.

Orientador: Prof. Dr. Jevuks Matheus de Araújo

JOÃO PESSOA
2017

NATHALIA OLIVEIRA MARQUES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: TENDÊNCIAS EMERGENTES NO
SISTEMA BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Professor Dr. Jevuks Matheus de Araújo

Professor Dr. Bruno Ferreira Frascaroli

Professor Dr. Fábio Bezerra dos Santos

Data de aprovação: ____/____/____

JOÃO PESSOA
2017

A Deus e aos meus pais, Izaias e Jacqueline, pelo amor, dedicação, ensinamentos e atenção em todos os momentos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Criador e Altíssimo, cujo fôlego de vida a mim me sustentou e deu coragem para questionar, elaborar e produzir o presente trabalho de dissertação, bem como alcançar todas as realizações até aqui obtidas. Sem Ti e sem a Tua misericórdia nada seria possível.

À minha família, pela capacidade de acreditar e investir em mim. À minha mãe Jacqueline, seu cuidado e dedicação foram os responsáveis por me dar, na maioria dos momentos, a esperança para seguir; tu és e sempre serás meu exemplo de vida, força, esperança e vitória. Ao meu Pai Izaias, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinha nessa caminhada. Ao meu irmão Isaac, obrigada pelo carinho, cooperação e por sua capacidade de me auxiliar na adequação e padronização do trabalho em consonância com as orientações normativas.

Aos meus amigos e amigas, Adryana, Bruna, Camila, Denise, Ana Manuela, Brenda, Thais, Caico e Emanuel, pelas alegrias e tristezas compartilhadas. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro me fizeram enxergar o que a vida tem de mais belo a oferecer; inesquecíveis todos os momentos que vivemos juntos.

Ao meu Professor Jevuks Matheus de Araújo, orientador e quem muito me auxiliou ao longo da caminhada de elaboração, produção e adequação deste trabalho de dissertação. Eu posso dizer que a minha formação não teria sido a mesma sem a sua colaboração. Obrigada pelo carinho e paciência.

Ao Curso de Mestrado Profissional em Economia do Setor Público da UFPB, à coordenação, à secretaria e às pessoas com quem convivi nesses espaços ao longo desses anos. A experiência de uma produção compartilhada na comunhão com amigos nesses espaços foi certamente a melhor para da minha formação acadêmica.

Aos meus colegas e companheiros de trabalho que compartilharam muitas das dificuldades e vicissitudes vividas e ultrapassadas durante toda a caminhada acadêmica.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

"Toda justiça vem de Deus, só ele é fonte de justiça; porém, se soubéssemos recebê-la de tão alto, não necessitaríamos nem de governo, nem de leis. Decerto existe uma justiça universal que emana unicamente da razão, mas para ser admitida entre nós, essa justiça deve ser recíproca." (Jean-Jacques Rousseau)

RESUMO

A pesquisa pretende investigar e confrontar, por um lado, a garantia constitucional do direito à saúde e sua acessibilidade, e por outro lado, os dilemas e dificuldades da saúde pública no Brasil, passando por uma análise do sistema de saúde brasileiro vigente, ao passo que pondera também os sistemas de saúde implementados em outras nações do mundo, detectando os problemas e buscando soluções. Por, em grande parte das vezes, o instrumento de efetivação de garantias a um direito tal qual a saúde não ser eficaz - quando não é esvaziado por práticas da administração pública -, também tecemos comentários sobre a garantia de acesso à Justiça, fenômeno esse que é denominado Judicialização da saúde e como esse cenário tem se desenvolvido no cenário mundial, consideradas as particularidades dos distintos países. A judicialização da saúde é instrumento de presumível afronta ao princípio da reserva do possível e ao equilíbrio das contas públicas. Verifica-se, pois, eventual conflito normativo e principiológico entre, de um lado, o direito constitucionalmente assegurado à saúde, bem como ao irrestrito acesso ao poder judiciário e, de outra banda, a reserva do possível e a alocação das verbas públicas. Partindo do pressuposto de que a constituição determina que os direitos sociais previstos no art. 6º se materializam através das políticas sociais e econômicas (art. 196) e demandam gastos públicos que devem estar previstos no orçamento público, conclui-se que qualquer modificação ou distorção da política pública implica na desorganização das finanças públicas. Quando, porém, a efetividade dos direitos sociais, especialmente o direito à saúde, se opera através do judiciário, verifica-se uma ampliação da política pública e, por conseguinte, da despesa, logo se essa despesa se repete por um período de tempo considerável e, apesar disso, não se faz uma provisão orçamentária, além da desorganização das finanças públicas os recursos serão desviados, repercutindo no âmbito da atenção coletiva. Apresentaremos os princípios constitucionais e legais aplicáveis à tutela do direito à saúde, a inafastabilidade do poder judiciário, explorar o eventual conflito normativo entre o direito à saúde e o princípio da reserva do possível e escassez dos recursos públicos, terminando o estudo com uma análise da judicialização da saúde a nível do ordenamento jurídico pátrio e comparado.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à Saúde. Acessibilidade ao Judiciário. Direito Comparado.

ABSTRACT

Research and investment, on the one hand, a constitutional guarantee of the law to health and its accessibility, and, on the other hand, the dilemmas and difficulties of public health in Brazil, passing through an analysis of the current Brazilian health system, while It also considers health systems implemented in other nations around the world, detecting problems and seeking solutions. Since, for the most part, the instrument of guaranteeing health rights is not effective - when it is not depleted by public administration practices - there are also comments about a guarantee of access to fair, a phenomenon called Health Judicialization and how this scenario has developed without a world scenario, considered as particularities of different countries. Thus, here a judicialization of health is taken as an instrument of presumed affront to the principle of reserving the benefit and balance of public accounts. There is therefore a eventual normative and principle-wise conflict between, on the one hand, the constitutionally guaranteed right to health, irresponsible access to the judiciary and, in the other hand, the reservation of the assembly and the allocation of public funds. Based on the assumption that the constitutional text determines that the social rights foreseen in the sixth article are materialized through social and economic policies (Article 196) and demand public expenditure that must be foreseen without public budget, it is concluded that any modification or distortion of public policy implies the disorganization of public finances. When, however, an effectiveness of social rights, especially the right to health, operates through the judiciary, there is an expansion of public policy and therefore of expenditure, as soon as this expenditure is repeated for a considerable period and, despite this, is not a part of the budget provision, besides the disorganization of the public finances of the disabled resources, repercussing without the right to collective attention. In addition, electronic and legal demonstrations to protect the right to health, an unweaneability of the judiciary, explore the possible normative conflict between the right to health and the principle of possible reserving and scarce public resources, ending up the common study with an analysis of judicialization and comparative law at the level of legal and comparative order .

Keywords: Judicialization. Right to Health. Accessibility to the Judiciary. Comparative law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgR – Agravo Regimental

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

HIV – Vírus da imunodeficiência humana

ICMS – Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços

MC – Medida Cautelar

Min. - Ministro

ONU – Organização das Nações Unidas

Pub - Publicado

RE – Recurso Especial

Rel – Relator

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TAC - Treatment Action Campaign and Others

TJ – Tribunal de Justiça

TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DO PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	13
3 DA SAÚDE E SUA PREVISÃO NORMATIVA BRASILEIRA	20
3.1. DIREITO DE AÇÃO: A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO	30
3.2. DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	32
3.3. JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL	47
4 DO DIREITO COMPARADO E O DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO INTERNACIONAL	51
5 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS	Error! Bookmark not defined.
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos 20 anos, houve um aumento do interesse mundial pelo direito à saúde, um direito social reconhecido na ordem internacional de direitos humanos pós Segunda Guerra Mundial. Mais recentemente, o reconhecimento renovado do direito à saúde e litígios relacionados deu origem à literatura sobre o impacto - intencional ou não intencional - desse fenômeno: quem litiga sob o direito à saúde, quem se beneficia e como o litígio de direitos à saúde afeta o patrimônio global dos sistemas de saúde?

Neste trabalho apontamos para o valor de uma abordagem comparada do sistema de saúde e de direito na avaliação dessa tendência, através da apresentação de *insights* obtidos em estudos recentes, que também tinham por objetivo compreender o papel e o impacto dos litígios sobre os direitos à saúde nos sistemas de saúde, constituídos por diferentes combinações de finanças públicas e privadas. Nessa seara, pretende-se estudar se o reconhecimento de um direito à saúde ajuda a sustentar valores importantes como a igualdade ou, pelo contrário, o foco em normas baseadas em direitos promove o individualismo e exacerba as desigualdades.

O presente estudo incluiu três grupos de todo o mundo, representando uma mistura de países de renda alta e média e uma variedade de abordagens para os direitos à saúde: países com direitos constitucionais explícitos aos cuidados de saúde; países onde o direito à saúde tem sido lido em disposições mais gerais da constituição; países onde os direitos à saúde são criados como parte de um estatuto; e por fim, outros que não reconheceram formalmente o direito à saúde.

Trata-se de uma abordagem de economia institucional e, diferentemente dos estudos comparativos anteriores, destaca-se a interseção da lei com os sistemas de saúde que variam em configurações de financiamento público e privado. Especificamente, essa tipologia organiza os países por modelo de financiamento em três cestas - sistemas de impostos públicos, sistemas de seguro social e sistemas mistos - e estabelece conexões entre esses modelos de financiamento e o papel e impacto dos litígios de direitos à saúde.

Objetiva-se com o presente trabalho realizar o estudo comparado sobre o direito à saúde, em especial o grau de garantia legal desse direito e a acessibilidade

à jurisdição, de forma a se pleitear e tutelar esse direito junto ao poder judiciário de diferentes países, os quais dispõem de diferentes realidades fáticas. Especificamente, busca-se refletir sobre a teoria dos direitos humanos e fundamentais, a compreensão de institutos importantes como norma, princípio e garantias; outrossim, buscamos analisar a garantia do direito à saúde e o seu respectivo acesso no Brasil e no mundo, em uma pesquisa comparativa do ordenamento pátrio em relação a outros modelos, para diagnosticar problemas e propor soluções.

Não obstante, abordamos o acesso à justiça no Brasil, em um contexto da judicialização e do ativismo judicial, apreciando a judicialização da saúde e seu papel na obtenção efetiva de cuidados para prevenção e promoção da saúde da coletividade. A relevância do estudo reside na verificação da tendência emergente de judicialização do direito à saúde em sede de distintas realidades jurídicas, sociais e culturais.

O trabalho está organizado da seguinte forma: na próxima seção examinar-se-ão alguns fatores gerais que têm impulsionado a crescente proeminência do direito à saúde em todo o mundo nas últimas duas décadas, a importância do estudo do direito comparado entre as realidades normativas e jurisdicionais sob uma perspectiva global. Em seguida, apresenta-se um panorama da judicialização no Brasil e, após, descrevemos algumas descobertas para cada categoria da tipologia e explicamos porque existem papéis díspares para litígios de direitos à saúde e seu impacto em sistemas de saúde com diferentes configurações de financiamento público e privado.

2 DO PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O marco fático da Judicialização na área da saúde, em se tratando de Brasil, ocorreu no início da década de 1990, quando começaram a ser pleiteados judicialmente medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS. Segundo Pepe (2010, p. 2406), desde então, esse caminho tem sido utilizado como alternativa do cidadão para recebimento de tratamentos de saúde, mesmo antes da tentativa pela via administrativa, uma vez que vige o princípio da prescindibilidade de esgotamento da via administrativa para se ingressa judicialmente, por força do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, conforme elucidado alhures. Machado (2008, p. 78) chama a atenção de que até o início da década de 1990, todas as ações, sejam elas individuais ou coletivas, ajuizadas eram sumariamente negadas. A justificativa inicial para a negação do direito baseava-se na interpretação do art. 196 da Carta Magna meramente como uma norma programática, “insuscetível de produzir efeitos jurídico positivos”. De acordo com o autor, alguns fatores podem ser destacados como fundamentais para essa mudança de posicionamento, sendo o principal deles a criação da Lei Federal nº 9.313/96 que garantiu a distribuição gratuita e universal de antirretrovirais.

Esta obrigação, de acordo com a lei, seria conjunta e solidária entre a União, Estados e Municípios. Por outro lado, conforme preceitua Serau Júnior (2010, 67), no caso do combate à disseminação do vírus HIV/AIDS, teriam sido justamente os ganhos na via judicial que teriam propiciado condições para a criação da Lei 9.313/1996, que determina a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do vírus HIV.

A precariedade do sistema público de saúde, aliada ao insuficiente fornecimento de remédios gratuitos ocasionou no nascimento do fenômeno da “judicialização da saúde”. Nas palavras de André da Silva Ordacgy (2007, p. 37), a notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde.

O caráter programático da regra expressa na Lei Fundamental tem sido complementado pelas decisões do Judiciário, evitando que o Poder Público fraude as justas expectativas nele depositadas pela coletividade. Ora, em sendo o direito à saúde indissociável do direito à vida, torna-se inconcebível a recusa no fornecimento gratuito de remédios e/ou tratamentos a paciente em estado grave e sem condições financeiras de custear as respectivas despesas.

Acrescenta André da Silva Ordacgy (2007, p. 38), que é o direito à saúde não pode ser restringido apenas aos casos de risco à vida ou grave lesão à integridade física ou mental, ao contrário, deve ser entendido em seu sentido mais amplo, com vistas a assegurar o mínimo de dignidade e bem-estar ao paciente.

As recentes decisões judiciais determinando o fornecimento de remédios e/ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, inclusive a título de tutela antecipada e mediante a cominação de multa diária, têm representado um gesto solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que não dispõem de muitos recursos financeiros. O Estado começou a ser obrigado a fornecer gratuitamente remédios de alto custo que não constam da lista do SUS àqueles que os reclamarem.

O termo judicialização da saúde é aqui utilizado na acepção mais ampla possível, isto é, não se limitará a abranger os gastos com o fornecimento de medicamentos, mas também todos os demais procedimentos relacionados com a saúde e bem estar do indivíduo, ou seja, tratamentos, práticas cirúrgicas, próteses, melhorias na infraestrutura das unidades de saúde, dentre outros.

Os instrumentos processuais que podem ser manejados pelo cidadão que pleiteia a implementação do seu direito à saúde e se vale do Poder Judiciários são diversos. Pode se lançar mão do instituto da ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7347/85; do mandado de segurança; e das ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar. A ação civil pública é destinada à tutela de interesses difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos. Trata-se de instrumento de tutela coletiva de direitos e pressupõe, portanto, a representação de um grupo de pessoas pelo legitimado para propositura, que via de regra, é o Ministério Público.

O mandado de segurança, por sua vez, é, nos termos do art. 5º, LXIX da Carta Magna, uma ação constitucional de natureza civil, cujo objetivo é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do

Poder Público. Conforme ensina Lenza (2007, p. 63), "O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano, através de prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento de sua impetração."

As ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar são ações comuns, por derradeiro, são disciplinadas pelo Código de Processo Civil, e seguem, geralmente o rito ordinário, exigindo, pois, momento processual de dilação probatória, para produção destas e favorecer a formação do convencimento do magistrado.

Com relação à competência para processar e julgar essas demandas, independente do mecanismo processual adotado, será da Justiça Estadual quando a ação for promovida em face da Fazenda Estadual e/ou da Fazenda Municipal, ou em face de ato de autoridade estadual e/ou municipal. Ao passo que quando a União figurar no pólo passivo, quer isoladamente, quer solidariamente aos demais entes, a competência para apreciar o feito será deslocada para a Justiça Federal.

A judicialização tem crescido no Brasil nos últimos anos, e é acompanhada por expressivos impactos nas finanças públicas. Esse crescimento do impacto financeiro tem suscitado críticas relativas às injustiças distributivas geradas por essas ações, bem como a ilegitimidade do poder judiciário para determinar gastos públicos em matéria de políticas públicas, sobretudo de saúde, em detrimento de sua falta de aparato técnico-informacional para realizar tal tarefa.

Neste sentido Gisele Cittadino discorre:

O crescente processo de 'juridificação' das diversas esferas da vida social só é compatível com um vínculo entre 'força do direito' e 'fim da política' – ou seja, a ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras -, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representam uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação -, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.(CITTADINO, 2008, p.84/85)

Atualmente, os gestores públicos dos qualquer das esferas dos entes federativos almejam eximir-se da responsabilidade da ineficiência do Sistema Único

de Saúde, inicialmente alegando a teoria da “reserva do possível”, bem como a estratificação por grau de complexidade da doença ou do tratamento, atribuindo os de alta complexidade à União, os de média para os Estados e os de baixa para os Municípios. O Brasil tem esta peculiaridade federativa como explica Andreas Joachim Krell (1999, p. 93):

No que diz respeito à distribuição de competências legislativas e administrativas, a Constituição de 1988 coloca os municípios também ao lado da União e dos Estados. Essa "trilogia federativa" da existência de três entes políticos internos autônomos constitui uma peculiaridade do Brasil em comparação com todos outros países de organização federativa. Sob o aspecto formal, o município brasileiro certamente é a entidade territorial local investida da autonomia mais abrangente no mundo inteiro. No exercício das suas atribuições, ele atua em absoluta igualdade de condições com as outras esferas governamentais; os atos municipais independem da prévia autorização ou de posterior ratificação de qualquer outra entidade estatal.

De acordo com Miriam Ventura (2007, 87), a judicialização abrange a oposição entre o individual e a coletividade, de forma que, se por um lado o Judiciário evitaria violações de direito por parte do Estado, por outro, favoreceria a noção de que o Sistema Único de Saúde não funciona, uma vez que viola os princípios da universalidade e da igualdade, posto que favoreceria na seara processual apenas a um indivíduo.

André da Silva Ordacgy (2007, p. 75) avalia que os entes públicos muito têm criticado a “judicialização” da Saúde, principalmente sob a alegação de que essa intromissão “indevida” do Judiciário irá acarretar, num futuro próximo, na inoperância total do sistema público de saúde, haja vista os representativos gastos financeiros disponibilizados para a cobertura das decisões judiciais, que consomem uma boa parte do orçamento da Saúde.

Alerta Morton Scheinberg (2009, p. 13), no entanto, que muito embora as liminares sejam alegadamente prejudiciais ao orçamento, os entes públicos não se atentam que a complicação é causa da em face da excessiva lentidão na incorporação de avanços médicos pelo sistema básico.

O Supremo Tribunal Federal – STF, ao manter liminares concedidas pelas instâncias *ad quem*, reconheceu a obrigação do Estado em adotar políticas e ações de promoção da saúde, mas, ao mesmo tempo, aduziu também o contrassenso de o Estado financiar tratamentos e medicamentos ainda em fase experimental pelos

laboratórios ou em casos em que não se reste comprovada a inviabilidade da utilização de medicamentos do SUS¹. Senão vejamos alguns fragmentos da decisão plenária:

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. [...] O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. [...] Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação. [...] Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. [...] essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. (STA 244 PR; DJe-180 DIVULG 23/09/2009 PUBLIC 24/09/2009 RF v. 106, n. 407, 2010, p. 385-394)

Ao passo que o ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o Judiciário deve refrear o fornecimento de medicamentos não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como de tratamentos em fase experimental; o ministro Gilmar Mendes entendeu que o alto custo do medicamento não poderia ser utilizado como justificativa para a recusa no fornecimento, mas também ponderou que o Estado não seria obrigado a arcar com todos os tratamentos e remédios caso haja similares no sistema de saúde pátrio. De uma banda ou de outra pode-se auferir a garantia do direito à saúde, desde que resguardando-se o equilíbrio entre o atendimento de demandas individuais e coletivas, garantindo-se que as primeiras não inviabilizem as últimas.

Vale destacar importante julgado do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Petição 1.246-SC, vejamos:

¹ Disponível em <https://nandaninna.jusbrasil.com.br/artigos/163222318/o-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do-estado-de-fornecer-medicamentos-e-tratamentos/>, acesso em 20 de maio de 2017.

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Portanto, como ficou demonstrado, “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal.

Nos dizeres do mestre Luis Roberto Barroso (2008, p. 18), o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua regular atuação. De outra parte, não deve extrapolar os limites do ativismo judicial, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Verifica-se que há uma colisão de direitos e interesses, a saber, de um lado, o direito constitucionalmente assegurado à vida, e, de outra banda, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. Para Barroso (2008, p. 23), o que está em jogo, nessa complexa ponderação, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não haveria, pois, solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Uma faceta negativa da judicialização é que na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial é sinal que ela não pode ser atendida pela via administrativa, isto é, é sinal que ela não pode ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é pela via de soluções legislativas, administrativas e/ou negociadas.

Duciran Van Marsen Farena, citado pelo juiz federal George Marmelstein Lima nos autos da ação civil pública nº 2003.81.00.009206-7, promovida pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza perante a 4ª Vara Federal de Fortaleza-CE, argumenta que as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do

possível converta-se "em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais" (FARENA, 1997, p. 12).

Wang (2009, p. 59), chega à conclusão de que a judicialização da saúde está tornando o sistema público de saúde menos justo e racional, em decorrência da atuação dos Tribunais, os quais estariam criando dois níveis de acesso à saúde, quais sejam: um para aqueles que podem ter acesso ao judiciário e pleitear qualquer tipo de tratamento e um outro para aqueles que não o podem fazer.

É justamente buscando minimizar essa diferenciação entre grupos que têm acesso ao judiciário e grupos que por algum motivo não dispõem das mesmas oportunidades de se socorrer da judicialização, que se defende a conversão de ações individuais que digam respeito a ausência de política pública em saúde, em ações coletivas, com a inclusão no processo das partes interessadas.

Dessa forma, tornam os autos um ambiente de debate público, em que o poder público tem a oportunidade de defender as políticas porventura implementadas e/ou oferecer soluções que irão beneficiar não apenas o particular que ingressou inicialmente com a demanda, mas a toda a coletividade que é acometida de situação semelhante, tendo igualmente o direito violado ante a negação de prestação por parte do Estado devedor.

3 DA SAÚDE E SUA PREVISÃO NORMATIVA BRASILEIRA

A gestão pública brasileira deve observar um conjunto de princípios e técnicas estabelecidas no ordenamento jurídico, seja ela federal, estadual, distrital ou municipal, com vistas a alcançar a eficiência e a máxima equidade na escolha e execução de políticas públicas, sobretudo quando envolve uma temática tão delicada, que se consubstancia no direito à saúde, que está intrinsecamente associado ao direito à vida.

O direito à saúde está consagrado na Constituição Federal de 1988 como direito social, direito de todos e dever do Estado. O legislador constituinte preocupou-se em estabelecer como princípios do sistema de saúde a universalidade (acesso a todos os cidadãos), a integralidade (acesso a todos os níveis de complexidade) e a igualdade (não discriminação). Figura-se, pois, como direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas.

O artigo 6º da Carta Magna estabelece que a saúde ao lado de uma gama de direitos sociais, tais quais a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. E no artigo 196 do mesmo diploma legal normativa que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Várias são as teorias que visam a conceituar e explicitar a natureza jurídica do direito subjetivo. A primeira delas é a chamada “teoria da vontade ou escola psicológica”, que classifica o direito subjetivo como uma vontade (poder de ação) reconhecida pela ordem jurídica. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 138), a teoria da vontade tem por base o homem médio, ou seja, baseia-se naquele que é responsável do ponto de vista jurídico e moral. É exatamente aqui que está situada uma das mais consistentes críticas a essa primeira teoria. A ausência, a contrariedade à vontade ou até mesmo o desconhecimento de determinado direito não implica a extinção de um direito subjetivo. Em nível de exemplificação, Miguel Reale (2002, p. 254) traz o caso dos incapazes e nascituros a quem correspondem

direitos, apesar de que estes não possam ser considerados como expressão de suas vontades, ou ainda que não podem exprimi-la de maneira livre e consciente, ainda que por motivações transitórias.

A segunda teoria corresponde à “teoria do interesse” sustentada por Rudolf von Jhering. Esta teoria “propõe substituir a vontade pelo interesse como conteúdo essencial do direito subjetivo” (MACHADO NETO, 1973, p. 157). A teoria do interesse, à semelhança da teoria da vontade, é alvo de críticas. Miguel Reale (2002, p. 251) alerta para a indeterminação do termo “interesse”, além de chamar a atenção para o fato de que nem tudo o que interessa pode ser considerado direito, da mesma forma que nem todo direito subjetivo pode ser objeto de interesse por parte de seu titular.

A palavra “interesse” exprime certa atitude mental. Ora, é obviamente falso que alguém tenha um direito jurídico de exigir certa linha de conduta de outra pessoa apenas na medida em que tenha um interesse concreto por essa conduta. [...] Alguém tem um direito mesmo que não o use. É possível até mesmo ter um direito sem que se tenha conhecimento disso. Em tal caso, não pode existir qualquer interesse. Por outro lado, alguém pode estar intensamente interessado em que outro indivíduo cumpra o seu dever jurídico, sem que tenha um direito jurídico (no sentido técnico, mas restrito do termo) sobre o outro. Assim, pode-se ter um direito a certa conduta da parte de outro indivíduo sem que se tenha interesse por essa conduta, e pode-se também ter o interesse sem que se tenha o direito. (KELSEN, 2000, p.15)

As várias críticas às duas teorias anteriormente apresentadas, acarretou a elaboração das “teorias ecléticas”. Nessas, autores como Jellinek, Michaud e Sternberg “intentaram salvar a tematização clássica do direito subjetivo através de um procedimento eclético que busca fundir os acertos das duas teorias criticadas”. (MACHADO NETO, 1973, p. 157)

Jellinek achou que havia um antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, na realidade, uma abrange a outra. Nem o interesse só, tampouco apenas a vontade, nos dão o critério para o entendimento do que seja direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo implica a conjugação desses dois elementos, motivo pelo qual ele dizia: direito subjetivo é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. É, portanto, o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer. (REALE, 2002, p. 255)

Além dessas três teorias básicas, torna-se interessante também a abordagem de Kelsen acerca do direito subjetivo. Esse jurista, positivista por excelência, em sua Teoria Pura do Direito, resume o direito subjetivo ao direito objetivo, identificando aquele como decorrência deste. Destarte, o autor aparece negando o direito subjetivo, pois este estaria incluso na própria norma, enquanto instrumento normativo. De acordo com Kelsen (2006, p. 151), este direito subjetivo tampouco se coloca, como o dever jurídico, face ao Direito (objetivo) como algo dele independente. É, tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurídica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou competência a um determinado indivíduo. Dizendo o mesmo de outra forma, Kelsen limita o direito subjetivo à própria letra da lei.

Após ser fixado como direito social, elencado dentre o rol dos direitos fundamentais do cidadão, a Carta Magna prevê que é de competência comum a tutela de tal direito, ao estabelecer, no seu artigo 23, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dentre outras atribuições, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Nesse sentido, depara-se com a competência que está elencada pelo legislador constituinte como uma competência comum, também chamada cumulativa ou paralela e deve ser compreendida como aquela que é atribuída a todos os entes federados, os quais devem exercê-la em igualdade. Corresponde às competências administrativas ou materiais, isto é, que não são legislativas. Ademais, resta demonstrado que a Magna Carta/88 optou por adotar o modelo de federalismo denominado cooperativo, o qual se caracteriza por esse auxílio mútuo entre os entes federados para alcançar fins que se destinam a todo o Estado; distinguindo-se, assim, do modelo de federalismo dual, que se caracteriza por ter uma rígida divisão de competência, de modo que se torna inviável falar em cooperação entre os entes do Estado que segue tal modelo federativo. (TAVARES, 2008, p. 955)

A aplicação de recursos na manutenção e desenvolvimento da saúde pública é questão tão relevante que o legislador constituinte preocupou-se em fixar como consequência - aos entes que não observarem a aplicação do mínimo exigido - a medida extrema de intervenção federal no ente federativo, com vistas a implementar a aplicação do mínimo exigido. Tal previsão é estabelecida no artigo 35 da Constituição Federal, que determina que o Estado não intervirá em seus

Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando, dentre outras hipóteses, não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

O Brasil é signatário tanto da Declaração de Direitos do Homem, ONU/1948 quanto da Declaração de Viena/1993, nos quais os textos expressam o direito à saúde como universal. Nesse contexto, a República Federativa do Brasil congregou a concepção inclusiva à dignidade humana, incorporando, assim, na sua concepção cultural e o materializando no texto constitucional vigente.

No Artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) consta que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

Tal proposição foi ratificada solenemente na Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) – onde se constatou maior número de países signatários - nas alíneas 24 e 31 do inciso I:

24. Deve ser dada grande importância à promoção e à proteção dos Direitos Humanos de pessoas pertencentes a grupos que se tenham tornado vulneráveis, incluindo os trabalhadores migrantes, à eliminação de todas as formas de discriminação contra eles, bem como ao reforço e a uma mais efetiva aplicação dos instrumentos existentes em matéria de Direitos Humanos. Os Estados têm uma obrigação de adotar e manter medidas adequadas a nível nacional, sobretudo nos domínios da educação, da saúde e da assistência social, com vista à promoção e proteção dos direitos das pessoas pertencentes a sectores vulneráveis das suas populações, e a garantir a participação das que, de entre elas, se mostrem interessadas em encontrar uma solução para os seus próprios problemas.

Verificamos a preocupação dos países signatários em adotar medidas que reduzam as desigualdades de acesso à promoção e proteção aos Direitos Humanos entre pessoas de diferentes grupos, priorizando-se aqueles que figuram como setores vulneráveis ao chamado fenômeno da mistanásia ou eutanásia social, assim compreendida como a abreviação da vida por causa da ausência de condições mínimas de se ter uma vida digna.

31. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela aos Estados para que se abstenham de tomar qualquer medida

unilateral, que não esteja em conformidade com o Direito Internacional e com a Carta das Nações Unidas e que crie obstáculos às relações comerciais entre Estados e obste à plena realização dos Direitos Humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, em especial do direito de todos a um nível de vida adequado à sua saúde e bem-estar, incluindo a alimentação e os cuidados médicos, a habitação e os necessários serviços sociais. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos afirma que a alimentação não deverá ser utilizada como um instrumento de pressão política.

Os direitos humanos devem ser compreendidos como uma reserva de justiça assegurada a todas as pessoas, não apenas em face do Estado, mas também em face das outras pessoas. Consagrou-se, pois, a ideia da dignidade da pessoa humana, que é a fonte de irradiação dos direitos humanos. É possível verificar que a conferência já previa o que se chama de liberdade negativa, ou seja, estabelece que o Estado deva se abster de atuar, para que se garantam determinados direitos, tais quais, o direito à liberdade, propriedade, reunião, dentre outros. Bem como estabelece também as prestações positivas do Estado, como por exemplo, assegurar a seus cidadãos o direito à saúde, educação, bem estar, os quais requerem um fazer, uma prestação positiva do Estado.

Sorto (2008, p. 32) ao tratar da Declaração Universal dos Direitos Humanos observa:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é invocada em todo o mundo pelo reconhecimento da sua incontestável autoridade moral. [...] Embora o texto não seja vinculante para os Estados, visto que é mera Declaração, ele representa o que deveria vincular, o que os Estados deveriam ter convertido em tratado, o que deveria ser lei interna e internacional, porque diz respeito a todos os seres humanos, estejam eles dentro dos seus Estados ou fora deles.

A saúde, consagrada na Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental, recebe, deste modo, proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico-constitucional brasileira. Ao reconhecer a saúde como direito social fundamental, o Estado obrigou-se a prestações positivas, e, por conseguinte, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. A proteção constitucional à saúde seguiu a trilha do Direito Internacional, abrangendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, impondo ao Estado o dever de tornar possível e acessível à população o

tratamento que garanta senão a cura da doença, ao menos, uma melhor qualidade de vida.

O artigo 5º, §1º, CF/88 assegura que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, “não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis”, de acordo com Marmelstein (2009, p. 17). Nesse sentido, o professor Cançado Trindade (1997, p. 364) enumera estratégias políticas de efetivação desses direitos, que podem e devem ser exigidos de imediato. Dentre essas estratégias, tem-se a obrigação de adotar medidas, sobretudo políticas públicas, após a entrada em vigor desses direitos, com o escopo de se possibilitar o exercício desses direitos sem discriminações; além da obrigação de realizar esses direitos sem retrocessos, bem como prestar um padrão mínimo de direitos humanos e, em caso de não cumprimento, provar que o máximo de recursos foi utilizado de forma absolutamente eficiente. Por fim, Trindade (1997, p.364) sugere a proteção das partes mais vulneráveis da sociedade por meio de programas específicos de prestação de direitos.

A universalidade do atendimento prevista no texto constitucional, no artigo 196, consubstancia-se no princípio pelo qual não deve existir nenhuma distinção entre os cidadãos brasileiros no que tange ao atendimento. Esse inclusive é o entendimento uníssono dos julgados sobre o tema, já tendo sido, inclusive, decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

Como se vê, os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público, integrado em uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços federais, estaduais e municipais, o chamado Sistema Único de Saúde, que tem no pólo ativo qualquer pessoa e por objeto o atendimento integral. De tal sorte, o Poder Público - federal, estadual ou municipal - é responsável pelas ações e serviços de saúde, não podendo, cada um e todos, esquivar-se do dever de prestá-los de forma integral e incondicional. A compensação que ocorrerá internamente entre os entes é questão que somente a eles diz respeito, não podendo atingir a pessoa que necessita do serviço de saúde, devendo o ente, acionado judicialmente prestar o serviço e após, resolver essa inter-regulação. O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário (CF - art. 196), do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos, como já assentou o Supremo Tribunal Federal." (STF, RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio)

O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário, consoante estabelecido expressamente no já anteriormente citado artigo 196 da Constituição de 1988, do qual decorre a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios. O implemento desse dever político consagrado pelo legislador constituinte, consubstancia-se no empenho de garantir a universalidade da proteção à saúde, que, conjugado com um imperativo de solidariedade social, impõe tal obrigação ao Estado em seu sentido mais amplo possível, isto é, independente da órbita da organização federativa em que atue. Desta feita, o poder público é responsável pelas ações e serviços de saúde, não podendo, cada um e todos, esquivar-se do dever de prestá-los de forma integral e incondicional. Os demais Tribunais pátrios acenam no mesmo sentido:

Agravo de instrumento. Saúde pública. Fornecimento de medicamentos. Alegação de condição financeira. Descabimento no caso concreto. Direito de todos e dever do Estado. - Art. 196, CF. No artigo 196, a Constituição reza que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Esta norma não há de ser vislumbrada como apenas mais uma regra jurídica inócua e sem efetividade. A saúde é direito de todos, direito inalienável e subjetivo, sendo que, em paralelo, é dever do Estado; se este não age no amparo da diretriz traçada pela regra, o direito à saúde do cidadão não será, por isto, afetado. (TJRS, 21ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 70029563004, Rel. Des. Francisco José Moesch, DJ 18/02/2010).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de decisão de recurso de decisão liminar proferida nos autos de ação que pretendia o fornecimento de medicamentos, ratificou a relevância da norma constitucional de ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, enumerando que o cidadão não pode ser prejudicado ante à omissão do poder público.

Constitucional. Fornecimento de medicamentos essenciais. Moléstias graves. Hipossuficiência financeira da parte. Dever do estado. Direito fundamental à vida e à saúde (CF, Arts. 6º e 189). Precedentes do STJ e STF. CF 6º e 189º. Qualquer disposição que configure óbice à proteção à vida e à saúde deve, necessariamente, sucumbir ante à prevalência destes valores na ordem jurídica democrática.2. Precedentes do STJ e do STF.3. Recurso conhecido, mas não provido. (TJES 12079000043 ES, Rel. Arnaldo Santos Souza, DJ 24/06/2008, 1ª Câmara Cível, Pub. 07/08/2008).

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo em que a colenda câmara recursal, observando os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, manteve decisão da primeira instância que determinou o fornecimento de medicamentos essenciais à parte promovente, portador de moléstias graves e hipossuficiente financeiramente. Mais uma vez prevaleceu a proteção à saúde e à vida e impôs-se o cumprimento da obrigação constitucional do Estado, quer seja ele ente da administração federal, estadual ou municipal.

O Decreto Federal nº 7.508/11 condiciona o acesso de determinada pessoa à assistência farmacêutica à comprovação de que o usuário seja assistido do Sistema Único de Saúde - SUS. Contudo, essa ressalva não foi prevista pela Constituição Federal, nem pela Lei Federal 8080/90 (que trata da organização do Sistema Único de Saúde) devendo ser tida como ilegal e, sobretudo, inconstitucional, posto que não atende à finalidade da Carta Magna. Em verdade, a Constituição Federal, em seu art. 196, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, não cabendo à Lei infraconstitucional restringir a extensão desse direito fundamental. Do mesmo modo, não se autoriza interpretação que reduza o direito à saúde, às prestações de saúde a apenas uma categoria de pessoas, as que estejam sendo atendidas pelos profissionais do SUS.

Conforme leciona Henrique Hoffmann Monteiro Castro (2005, p. 58), a saúde:

Corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano, sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado.

O autor supracitado esclarece ainda que a tutela do direito à saúde apresentaria duas faces, quais sejam, uma de preservativa e outra protetiva. Enquanto a primeira se relaciona às políticas de redução de risco, ou seja, de prevenção de uma determinada doença; a segunda se caracteriza como um direito individual, de tratamento e recuperação de uma determinada pessoa. Ademais, também é interessante a definição proposta por Hwerstton Humenhuk (2002, p. 354):

A saúde também é uma construção através de procedimentos. [...] A definição de saúde está vinculada diretamente a sua promoção e qualidade de vida. [...] O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios.

Uma vez que a saúde se tipifica como um bem jurídico indissociável do direito à vida, é certo que o Estado tem o dever de tutelá-la. Segundo André da Silva Ordacgy (2007, p.1):

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

A Constituição Federal, no já transcrito artigo 196, contém uma norma de natureza programática, isto é, aquela que demanda complementação legislativa ordinária. Assim, como pondera Henrique Hoffmann Monteiro Castro (2005, p.79), o Estado, através de normas infraconstitucionais, é que assume a responsabilidade na criação dos serviços necessários à saúde.

Outrossim, por força da Emenda Constitucional 29, de 13/9/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inc. VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional, modificando o inciso III do art. 35, previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. O artigo 34 estabelece que a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para, dentre outras hipóteses, assegurar a observância de princípios constitucionais, como a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Ressalve-se que o art. 129, inciso II do texto constitucional atribui ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, o que denota a preocupação do constituinte em dar efetividade ao direito à saúde, já que o considerou expressamente como um serviço de relevância pública.

O art. 198 também do texto constitucional apresenta a estrutura geral do sistema único de saúde, concebendo-o como uma estrutura regionalizada e hierarquizada, organizada de acordo com as diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo; do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e da participação da comunidade. Essa estrutura é financiada com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º). Pelo art. 199, foi facultada à iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º), vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º).

No artigo 200 foi feita a enumeração das atribuições do sistema único de saúde, dentre as quais, controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e

produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O art. 227 determinou que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde. A participação de entidades não governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, determinando ainda a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil ficou estabelecido no §1º.

Por derradeiro, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT - também apresenta regras que versam sobre a saúde, a exemplo do art. 53, inciso IV, que assegurou aos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial e seus dependentes a assistência médica e hospitalar gratuita, e outras regras que, em geral, preveem percentuais mínimos de alocação de recursos para o setor de saúde (art. 55, 77 e outros) ou tratam do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, criado pela Emenda Constitucional n.31, de 14/12/2000, que tem por escopo viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida.

3.1. DIREITO DE AÇÃO: A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O direito de ação é, conforme já discutido em momento anterior, um direito público subjetivo do cidadão, expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV. Nesses termos, a Constituição da República consolidou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, de um lado, outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, de outro, faculta ao indivíduo o direito de ação, ou seja, o direito de provocação daquele. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. O princípio da inafastabilidade da jurisdição é a principal garantia dos direitos subjetivos. Segundo esclarecimentos de Alexandre de Moraes (1998, p. 197):

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

O crivo imparcial do Judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas. Com a redação do art. 5º, XXXV, supratranscrito, o legislador constitucional possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Assim, a Constituição amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes da concretização da lesão. Dessa forma, por meio da ação adequada, todo aquele – pessoa física ou jurídica – cujo direito (fundamental ou não) houver sido violado, ou ameaçado de violação, pode obter a tutela do Poder Judiciário. Esta, em consequência, tanto pode servir para reparar ou restabelecer o direito, como para prevenir seja este lesionado.

Esclarece ainda Alexandre de Moraes (1998, p. 198) que inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada, pois já se decidiu pela inexigibilidade de esgotamento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial.

Sobre possibilidade de intervenção jurisdicional, especificamente no direito à saúde, demonstra o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, que cabe ao Poder Judiciário cumprir a sua missão institucional, vejamos:

[...] a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde. [...] O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. [...] Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de

apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (Supremo Tribunal Federal. RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/10/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma.)

Verifica-se, pois, a inafastabilidade e legitimidade do Poder Judiciário para apreciar as demandas que envolvam as hipóteses em que os órgãos estatais deixem de prestar ou mesmo neguem tal prestação, frustrando, assim, a implementação de políticas públicas que tenham por escopo a garantia do direito constitucional à saúde.

3.2. DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O vocábulo princípios remete à ideia de diretrizes gerais de uma dada realidade social, tomadas como parâmetro referencial comportamental e paradigma para a tomada de decisões. Nesse sentido, delinea-se e delimita-se o mister dos princípios aplicados à seara do ordenamento jurídico, isto é, dos princípios jurídicos.

Os princípios, enquanto normas jurídicas que são, não podem ser confundidos com as regras. Conforme define Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 24), enquanto estas se exaurem em si mesmas, na medida em que narram o que se deve ou não (e o que se pode fazer) em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas.

Tal distinção doutrinária remonta às obras posteriores de Ronald Dworkin (1978, *apud* MARINONI, 2006, p. 26) e Robert Alexy (2002, *apud* MARINONI, 2006, p. 26), os quais afirmavam que os princípios possuem um caráter inaugural, pois oferecem apenas razões introdutórias, o que significa que o fato de um princípio valer, em tese, para um caso concreto, não significa que ele servirá como razão definitiva para esse mesmo caso, ou seja, não quer dizer que a consequência jurídica nele prevista será observada. Então, o que diferenciaria basicamente princípios de regras seria o fato de os primeiros serem razões *prima facie*, enquanto as segundas traduzem razões definitivas.

A título de exemplificação, com vistas a alcançar uma maior elucidação acerca da distinção proposta por Alexy, tome-se o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, que *a priori*, deve ser, em tese, implementado durante todo o processo judicial, atestando sua regularidade. No entanto, no caso das ações expropriatórias, a legislação especial que rege o processo, que tem natureza de regra, afasta expressamente, em seu artigo 20, quaisquer outros mecanismos de defesa distintos das alegações de vício do processo judicial ou impugnação ao preço ofertado pelo ente expropriante. Destarte, apesar de o princípio prever ampla defesa e contraditório, a regra específica mitiga a incidência dos mesmos no âmbito da ação expropriatória.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (1997, p. 1124) fazer a distinção entre regras e princípios é tarefa complexa, devendo-se analisar as diferenças através de alguns critérios sugeridos, quais sejam: grau de abstração, grau de determinabilidade no caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, proximidade da ideia de direito e natureza normogenética.

O primeiro critério apresenta-se em grau elevado quanto aos princípios e reduzido para as regras. Os princípios carecem de mediações concretizadoras, pois são vagos e indeterminados, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta. Já com relação ao caráter de fundamentalidade, sabe-se que no sistema das fontes do direito apenas os princípios apresentam natureza fundamental no ordenamento, devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

No que tange ao critério da proximidade da ideia de direito, os princípios estão vinculados à ideia de justiça e de direito, enquanto as regras apresentam conteúdo meramente funcional. Em relação à natureza normogenética, ensina José Joaquim Gomes Canotilho (1997, p. 1124) que os princípios são fundamentos de regras, *i.e.*, constituem a base de regras jurídicas, desempenhando função normogenética fundamentante.

É importante destacar que, previamente, os princípios não eram reconhecidos como norma, isto é, não detinham força de norma jurídica; constituem, pois, meras exortações de cunho político-moral, sugestões, ideias de direção (ROTHENBURG, 2003, p. 13). Até o advento da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais e os princípios jurídicos não detinham caráter de efetividade em virtude do “[...] não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta

de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 142).

Com o decorrer do tempo e considerando o progresso do Direito, os princípios foram gradativamente sendo reconhecidos como normas de eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata (BARROSO E BARCELLOS, 2003, p. 142). Dessa forma, superaram o *status* de simples orientações e galgaram a posição de verdadeiros comandos dotados de juridicidade e eficácia; passando a serem observados e obedecidos por todos.

A relevância dos princípios é de tão grande vulto que Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 747), afirma que a violação a um princípio é a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, pois representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais e corrosão de sua estrutura mestra.

No ordenamento jurídico pátrio, como se sabe, vige a organização hierárquica das normas, observando-se a relação de compatibilidade vertical, com base na proposta de organização piramidal preconizada por Hans Kelsen, em cujo topo repousa a Constituição Federal e, nos patamares subsequentes, as normas infraconstitucionais que lhe são subordinadas.

Na Lei Maior, os princípios estão axiologicamente em posição superior, isso tudo justificado pelo valor intrínseco que possuem e por seu cariz de pilar, de fundamentação deste diploma e do próprio ordenamento jurídico e, seguindo essa sistemática, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2005, p. 67), afirmam que “[...] podemos falar na existência de uma hierarquia interna valorativa dentro das normas constitucionais, ficando os princípios em um plano superior, exatamente pelo caráter de regra estrutural que apresentam”. Assim, analisando a Carta Magna, de *per si*, encontra-se também uma disposição hierárquica das normas ali dispostas, ainda que sob o cunho meramente valorativo, abstraindo-se, portanto, da imagem formal dos dispositivos.

No mesmo sentido, Ivo Dantas (1995, p. 86), cuidando da Constituição Federal de 1988, reconhece que “[...] a partir da consagração, pelo texto constitucional, de Princípios Fundamentais e de Princípios Gerais voltados para determinado setor, parece-nos possível estabelecer entre ambos uma nova hierarquia”. Outrossim, perfilhando o mesmo entendimento, Ruy Samuel Espíndola

(2003, p. 82) afirma que “os princípios jurídicos como princípios constitucionais têm a mais alta normatividade do sistema jurídico”.

A doutrina é uníssona ao instruir que, no campo da conceituação, o termo princípio não é de fácil definição, já que pode ser empregado nas mais diversas conjunturas, apresentando variados significados; corroborando com tal entendimento, verifica-se que, nas mais diversas ciências (jurídicas, sociológicas, filosóficas etc), seu significado varia de acordo com suas definições e as respectivas óticas empregadas a fim de lhes emprestar definição. Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.747/748) também propõe uma primorosa definição, *in verbis*:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

José Afonso da Silva (2001, p. 96) define princípios como ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas, são como núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais. No afã de definir princípio jurídico, Roque Antônio Carrazza (2002, p. 33) pontifica que o princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Ainda no âmbito das definições doutrinárias, Ivo Dantas (1995, p. 59) leciona que princípios são categorias lógicas que, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, representando os valores consagrados por uma dada sociedade. Os princípios, nesse diapasão, refletem os valores mais caros de uma sociedade, sendo que um princípio jurídico-constitucional pode ser comparado a uma norma jurídica qualificada (CARRAZZA, 2002, p. 41).

No entender de Walter Claudius Rothenburg (2003, p. 18), trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente

abstratos e abrangentes, que, no entanto, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização, podendo ser um limite para as regras ou um conteúdo para uma norma.

Nesse contexto, princípio é uma norma (reconhecido como tal) com alto grau de abstração que expressa valores fundamentais de uma dada sociedade e, ao embasar o ordenamento jurídico, delimita as regras que se relacionam com ele, funciona como mecanismo de integração das lacunas normativas, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, possuindo eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos.

Em se considerando as características trazidas no bojo das conceituações doutrinárias, verifica-se que os princípios têm força jurídico-normativa podendo, além de se efetivar no caso em concreto, gerar direitos subjetivos; exsurge ainda que, na eventualidade de existir uma lacuna jurídica, esta poderá ser colmatada com a utilização dos princípios que figuram, assim, como mecanismo de integração. Aponte-se também que os princípios exercem função interpretativa, uma vez que condicionam a atividade do operador do direito, já que nenhuma interpretação pode ser efetivada sem que antes se pondere sobre o campo dos princípios jurídicos.

Desta maneira, afirma-se que os princípios diminuem a discricionariedade jurisdicional e vinculam o legislador, além de orientar, condicionar e iluminar a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais (SIQUEIRA JUNIOR, 2004, p. 161).

Para Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 27), considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas e trazem em si seriíssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.

Nesse diapasão, como se vê, os princípios figuram como instrumento basilar e norteador dos operadores e aplicadores da ciência jurídica, uma vez que colmatam as lacunas do ordenamento jurídico e propiciam a ponderação em casos de colisão de direitos ou interesses em litígio.

Desse modo, o direito, por ser uma ciência social, passou por diversas transformações de acordo com a própria evolução do homem, revelando a existência de quatro gerações ou gestações de direitos fundamentais, inspirados nos

ideais da Revolução Francesa de 1789. Conforme ensina Paulo Bonavides (2009, p. 563), na primeira geração estão inseridos os "direitos negativos", que se consubstanciam nos direitos de liberdade; a segunda geração é composta pelos direitos econômicos, sociais e culturais, que surgiram a partir do fenômeno da industrialização e dos problemas que se associaram; já os direitos de fraternidade e solidariedade, cerne da terceira geração, não se vinculam ao indivíduo, mas visam à proteção dos grupos. Os direitos fundamentais de quarta geração, por sua vez, estão voltados à universalidade, pois tratam do direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Bonavides (2009, p. 564) ressalta ainda que "as diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável" o que demonstra que as diversas gerações de direitos não são restritas, mas, como o próprio direito, estão em permanente renovação. Assim, cabe ao Estado a limitação jurídico negativa pela não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos cidadãos, como também, a implementação das condições necessárias ao exercício das garantias fundamentais, por meio de um posicionamento positivo, para efetivação desses direitos.

Nesse diapasão, o direito à saúde enquadra-se como direito de 2ª geração, portanto, consubstancia-se como um direito positivo, pelo que exige uma prestação positiva, ou seja, necessita de um fazer, um agir, um entregar por parte do sujeito passivo da obrigação, qual seja, o Estado.

Alguns estudiosos, no entanto, entendem que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que se consubstancia na vinculação à capacidade econômica do Estado, ou seja, à predisposição de cobertura financeira e orçamentária –, fatos que não devem ser ignorados pelas decisões judiciais (ALEXY, 2001; AMARAL, 2001, p. 498). A esse limite fático denomina-se "reserva do possível".

Contextualizando a origem da teoria, o Ministro Herman Benjamin, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 11075112, traz à tona, de forma crítica, que a importação alemã da teoria da reserva do possível deve ser analisada à luz da realidade social, econômica e política brasileira.

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias. Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. [...] não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. [...] Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna.

No mesmo sentido, Dimoulis e Martins (2009, p.93/94) doutrinam que esse princípio não pode ser utilizado como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, senão vejamos:

Primeiro. O “possível” não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. [...] Segundo. O Judiciário só pode declarar inconstitucionais as opções orçamentárias e as políticas públicas dos demais Poderes se houver critério para tanto. O critério racional consiste na verificação do correto estabelecimento de prioridades (distribuição de recursos) pelos demais Poderes. [...] Terceiro. A impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral (controle abstrato das políticas públicas de saúde, habitação, educação etc.), quanto individual (pretensão concreta exigida pelo titular do direito à saúde, por exemplo).

Dentro de tal contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 38) defende que o direito à saúde tem eficácia imediata, não trazendo, em sua essência, a questão da “reservado possível”, mas sendo por ela delimitado, em termos adequados aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência de aplicação dos recursos públicos, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido,

[...] a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que

guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional. (SARLET, 2008, p. 30)

Robert Alexy (2001, p. 69) define a reserva do possível como aquilo que o indivíduo pode sensatamente exigir da sociedade. Para esse autor, há, pois, a necessidade de ponderar o direito pleiteado. Significa dizer que direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável em abstrato, como um modelo definitivo. Ao contrário, devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

O princípio da reserva do possível tem sido objeto de estudos também na doutrina pátria. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 306) trabalham com dimensão tríplice da reserva jurisdicional dos direitos sociais, quando, por meio de uma ação judicial, pede-se que o poder judiciário obrigue o Poder Público a efetivar um direito social previsto constitucionalmente.

Esse debate ocorre porque a efetivação dos direitos sociais depende, em regra, da efetivação de medidas públicas, o que faz com que a proteção de um direito social se dê pela ação estatal (através da busca da tutela pelo judiciário), e a violação, pela prestação negativa do Poder Público (SILVA, 2005, p. 285).

Em outras palavras, as políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam elevação do gasto de recursos públicos. E esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos. Considerando que os recursos públicos disponíveis estão aquém do necessário para oferecer a universalmente a integralidade dos direitos constitucionalmente previstos, a Administração não tem ou

não pode dispor dos recursos necessários para atender à decisão judicial, sem que tal desalocação prejudique a tutela de outro direito que o Poder Público entendeu ser mais relevante.

Nesse cenário, surge a possibilidade aos preteridos de pleitear judicialmente a tutela de seus direitos. Ademais, Barroso (2008, p. 10) suscita a análise de que se o poder judiciário teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar essa tarefa. A legitimidade democrática é justificada tanto pelo caráter normativo, uma vez que a própria constituição confere uma parcela de poder político para ser exercida pelos magistrados que, ao subsumirem o caso às normas constitucionais e infraconstitucionais, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, portanto pelos representantes do povo. A legitimidade democrática do judiciário decorre ainda de uma questão filosófica que recai sobre assegurar a prestação de garantias, ainda que seja de uma minoria, mesmo em um estado democrático, caracterizado por ser aquele em que a vontade da maioria prevalece. O judiciário é, pois, garantidor dos direitos previstos constitucionalmente, sejam eles de grupos majoritários ou mesmo das minorias.

Dentro dessa ótica de financiamento dos direitos fundamentais sociais, importante citar a conhecida doutrina de Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999, p. 15) a respeito:

À verdade óbvia de que os direitos dependem de ações do governo, deve ser acrescentado um corolário lógico, que traz suas implicações: direitos custam dinheiro. Direitos não podem ser protegidos ou desenvolvidos sem financiamento e sustento públicos. [...] Tanto os direitos prestacionais quanto os direitos de liberdade têm custos públicos. O direito à liberdade de contrato tem custos públicos tanto quanto o direito à saúde, assim como o direito à liberdade de expressão em relação ao direito à moradia digna. Todos os direitos reivindicam o tesouro público. (HOLMES, 1999, pg. 15)

Canotilho (2003, p. 480) complementa o pensamento de Holmes e Sunstein, dizendo que “Existe uma relação indissociável entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdade e garantias. Se os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem a ‘liberdade’, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais”. (CANOTILHO, 2003, pg. 480). É o que o constitucionalista denomina de paradigma da liberdade igual, a qual aponta para uma igualdade real, “o que pressupõe a tendencial possibilidade de

todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais.” (CANOTILHO, 2003, pg. 480). E a “liberdade igual torna indispensável uma tarefa de distribuição/redistribuição dos ‘bens sociais’” (CANOTILHO, 2003, p. 480).

Nessa seara, considerando que para todo direito há a ele associado um custo que irá onerar os cofres públicos, é que o judiciário deve ser comedido em suas decisões, sob pena de comprometer todo o conjunto de políticas públicas existentes e aplicáveis à temática, de forma que deve sobrepor-se à atuação irrestrita, uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional.

Tomando a judicialização como um fato, em que situações o judiciário deve ser ativista e em situações o judiciário deve se mover com autocontenção? Precisamos estabelecer parâmetros para que a atuação do judiciário possa se pautar por critérios de racionalidade e de eficiência. É a falta de critérios universais nos estados que tem levado a uma desfuncionalidade e desigualdade do sistema.

Paralelamente à judicialização há a questão do orçamento. Há no Brasil um vazio no que diz respeito ao debate público sobre a elaboração do orçamento. Deve existir um debate público e transparente que é a definição de quais as políticas públicas de saúde vão ser prestigiadas e quais os recursos serão alocados a estas políticas públicas.

O cenário vigente é de uma discussão acentuada sobre a judicialização – evento posterior e consequente da má distribuição e/ou alocação dos recursos destinados às políticas públicas em saúde – subjugando o debate prévio e necessário, que é o sobre o orçamento público. Assim esse debate no momento da elaboração do orçamento é imprescindível para se definir as políticas de saúde no país e os respectivos investimentos.

A definição de quem será o sujeito passivo nas demandas por prestações de saúde. Há uma jurisprudência dominante que consagra uma solidariedade entre todos os entes federativos. Embora possa parecer uma posição libertadora, na medida em que assegura ao administrado receber a prestação de qualquer dos três entes, do ponto de vista prático, isso cria grande dificuldade administrativa e grande dispêndio desnecessário de recursos, porque há três estruturas que passam a funcionar para em juízo atuarem em defesa da fazenda pública. De modo que, quando na distribuição do sistema seja clara a atribuição de um ente - seja por ser um medicamento relacionado a atendimento básico, estratégico ou excepcional - a jurisprudência precisaria em nome da racionalidade, da eficiência e da economia de

recursos escassos estabelecer que o réu da ação vai ser a entidade estatal responsável por aquela prestação. Evitando-se as multiplicações de atuações administrativas das procuradorias dos estados que em muitas situações não precisariam atuar. Quando haja dúvida razoável sobre quem seria responsável aí sim seria natural que a jurisprudência se inclinasse pela solidariedade.

A hipótese típica de atuação judicial é aquela que pode ser expressa, por exemplo, em que o poder público comprometido com o fornecimento, não entrega a prestação. A questão fica mais complexa quando alguém vai a juízo postular um medicamento ou procedimento que não é oferecido pelo sistema. O ideal é a construção de um modelo que realize o justo na maior extensão possível.

Se alguém vai a juízo postular um determinado medicamento ou procedimento porque não existe uma política pública para aquela necessidade, ou ainda a política pública é manifestamente inadequada, o judiciário deve agir atendendo a postulação individual, bem como, nos casos em que inexistente política pública, deflagrar um diálogo institucional e compelir a autoridade pública a ter alguma política articulada em relação àquela demanda. Portanto, quando não haja um mínimo de atuação razoável, a judicialização mostra-se possível e desejável tanto para atender a postulação individual, quanto para implementar alguma política pública nesse sentido.

A questão mais complexa é a hipótese em que a administração pública - por seus órgãos competentes e fazendo as avaliações técnicas e financeiras necessárias - já instituiu uma política pública que considera adequada. O único problema é que esta política pública elaborada pela administração, muitas vezes, pode não atender a determinadas necessidades individuais ou de um determinado grupo, de um determinado segmento. Neste caso, o debate deve ser convertido de um debate individual para um debate coletivo. A partir desse momento o judiciário deve decidir se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas. Dessa forma, cria-se uma política pública para atender aquela necessidade, acabando-se com o universo de que apenas alguns tenham o privilégio. A judicialização individual, nesse cenário em que deveria haver uma política coletiva, favorece a captura do sistema por aqueles que detêm maior nível de informação.

Essa transformação de uma ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e de igualdade, uma vez que vai se realizar

e atender aquele direito para todo mundo. Evitando-se a perpetuação de um modelo em que o atendimento é considerado lotérico, ou seja, dependendo de determinado conhecimento ou de a demanda ser distribuída para determinado juiz. Portanto, criar-se-ia uma política pública e não o mero atendimento a prestações individuais.

Como contraponto à reserva do possível, enumera-se intransponível garantia constitucional consubstanciada no “mínimo existencial”, que representa a materialização normativa de um dos princípios da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana. O instituto do “mínimo existencial” compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Os direitos sociais de cunho prestacional (direitos a prestações fáticas e jurídicas) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem servido para fundamentar um direito fundamental [...] a um mínimo existencial, compreendido aqui – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo vital), mas, mais que isso, uma vida com dignidade [...]. (SARLET, 2010, p. 105-106).

Tal qual propõe Alexy (2001, p. 407), os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos como posições jurídicas cujo conteúdo é determinável a partir da ponderação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, e não como posições definitivas. A reserva do possível, enquanto condição da realidade, poderá graduar o âmbito normativo do direito, e, sujeitando-se ainda ao controle de constitucionalidade, através da apreciação da proporcionalidade.

Sobre esse contraponto entre o mínimo existencial e a reserva do possível, já sinalizou o Supremo Tribunal o seu entendimento, senão vejamos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013).

A judicialização é uma circunstância atual da vida brasileira, toda via, em matéria de dispensação de medicamentos, ela não pode ser vista como meio natural de se definirem políticas públicas. A intervenção do judiciário pressupõe a existência de um litígio, de um conflito, do um não atendimento espontâneo de uma pretensão. Portanto, é mais adequado que se definam direitos e obrigações por via legislativa e administrativa, de modo que os litígios sejam residuais e não de massa. Portanto, a judicialização não pode ser a solução para o modelo.

O judiciário deve reconhecer como parte passiva, legítima em ações envolvendo direito a saúde, o ente estatal que tem o dever de entregar o bem jurídico postulado. Ademais, o debate sobre direito a saúde e políticas públicas de dispensação de medicamentos deve ter um momento prévio, que é o da elaboração do orçamento, que tem sido um espaço democrático negligenciado pela sociedade em geral.

A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, é, em alguma medida, inevitável. Portanto, existem prestações que o judiciário não pode se negar a apreciar, o que se consubstancia como um aspecto muito positivo.

Conquanto, nos dizeres de Barroso (2008, p. 15), o Judiciário é o guardião da Constituição e deve garantir a esta a sua efetiva aplicabilidade, com vistas a resguardar direitos fundamentais e valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. O Judiciário deverá acolher as escolhas legítimas feitas pelo legislador, bem como semear e preservar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Outrossim, essas decisões devem ter por respaldo a racionalidade e a justiça.

Barcellos (2008, p 127) leciona que o juiz é um ator social, circunstância que faz dele não dispor de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Expondo o mesmo pensamento com outras palavras, ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.

A busca pela contração dos avanços do ativismo judiciário, ou seja, de que se reconheça a impossibilidade de que o juiz atue como legislador positivo é um dos argumentos que fundamentam as decisões de tribunais superiores brasileiros para minimizarem o efeito da judicialização dos direitos sociais, sobretudo da saúde.

Relevante colacionar a lição do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Celso de Mello, ao sentenciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2075, em sede de Medida Cautelar (MC), que determina a aplicabilidade da “reserva de lei”, vez que a Constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria deve ser regulado por lei e apenas por lei, com exclusão de outras fontes normativas, afastando, portanto, o alcance das decisões dos magistrados singulares. Vejamos:

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei analisada sob tal perspectiva constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projetasse em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em

tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (ADI 2.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-2-01, Plenário, DJ de 27-6-03)

Destarte, surge a oportunidade para se confrontar dois princípios basilares que encontram-se em aparente antinomia. De um lado, o dever do Estado de garantir aos indivíduos um núcleo mínimo de direitos, tidos como garantidores do princípio da mínima existência, ou seja, efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. De outra banda, o princípio da reserva do possível tendo por fulcro o fato de que a atuação do Estado é limitada, uma vez que esbarra na indisponibilidade de recursos financeiros para custear todos os direitos sociais de toda a população.

Diante do difícil trade-off ao qual se submete o administrador face à determinação judicial, Marcos Gouvêa propõe uma interessante sugestão. De acordo com o referido autor, com base na regra processual que autoriza que terceiros cumpram uma obrigação de fazer, às expensas do devedor, é possível autorizar, por exemplo, que uma farmácia forneça medicamentos a um determinado paciente, devendo, em seguida, o Estado ressarcir os custos dos medicamentos. No entanto, como dificilmente uma farmácia concordaria em fornecer um medicamento sabendo da fama de inadimplente do Poder Público, o referido jurista propõe uma saída interessantíssima: Não seria inviável – tendo em vista a essencialidade da prestação do fornecimento de remédios, repita-se – que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo.

A solução acima apresentada, continua Gouvêa (2003, p.37), também pode ser estendida a outros casos e não apenas a fornecimento de medicamentos. Assim, por exemplo, o magistrado pode determinar que um hospital particular execute um determinado tratamento cirúrgico em um paciente coberto pelo SUS, autorizando que o hospital faça a compensação dos gastos efetuados com a operação com

tributos de responsabilidade do ente demandado. A autorização judicial para que particulares substituam a função do Estado na concretização de direitos fundamentais, mediante a compensação fiscal dos custos efetuados pelo particular, é uma solução que pode ser bastante útil para contornar os limites impostos pela reserva do possível.

Assim, devem ainda ser discutidos dois importantes aspectos, quais sejam, a efetiva legitimidade do judiciário para decidir sobre questões de saúde, sem o devido subsídio técnico especializado. Além da estratificação do acesso a esse tipo de direito fundamental, isto é, o comprometimento dos princípios da universalidade, integralidade e não discriminação do atendimento. Por fim, pretende-se correlacionar todos esses aspectos à eficiência da política pública.

3.3. JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

A separação entre direito e política tem sido considerada essencial no estado constitucional democrático. Direito e política são coisas diferentes, posto que na política vigoram a soberania popular e a vontade da maioria, ao passo que no direito vigoram a supremacia da lei e as garantias fundamentais (BARROSO, 2016, p. 5). A política, portanto, é o universo da vontade da maioria, enquanto que o direito é o domínio da razão pública e muito embora sejam mundos apartados, eles interagem mutuamente (BARROSO, 2016, p. 5). O direito deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, porém, no mundo real essa autonomia é no máximo relativa.

É importante distinguir o momento de criação do momento de aplicação do direito. No plano de criação não há como separar o direito da política, posto que o direito é produto do processo constituinte e legislativo, significando que - nas democracias - o direito é o produto da vontade da maioria, sendo impossível dissociá-lo da política. Portanto, em um estado de direito, no momento da criação das normas jurídicas, elas são produtos de uma vontade política. O direito, nas democracias, tanto legitima quanto limita o exercício do poder político.

No entanto, no tocante à aplicação do direito, essa separação entre o direito e a política é desejável e necessária para que subsistam as bases democráticas de

um determinado Estado. Essa separação entre direito e política, no plano da aplicação do direito, é feita por dois grandes institutos, quais sejam, a independência (em relação aos outros poderes) e inércia do judiciário (só pode agir se provocado).

O poder do judiciário é o de essencialmente interpretar e aplicar as normas, mas relaciona-se com a política e gera conflitos quando a vontade do judiciário se sobrepõe à vontade política dos outros dois poderes. O judiciário produz decisões que interfere tanto no legislativo quanto no executivo. Não, é preciso destacar que no mundo contemporâneo existem inúmeras situações para as quais não existem situações pré-prontas. O juiz, com frequência, precisa interpretar expressões com sentido ambíguo, que exigem integração subjetiva ou tomar decisões sobre questões que não foram previstas na constituição ou em norma infraconstitucional, mas ocorrem no mundo real. Quando o juiz não se limita a aplicar uma norma que já existe, mas atua no sentido de integrar a norma ou mesmo inovar no ordenamento jurídico, fala-se em atuação política do poder judiciário, no sentido de estar criando argumentativamente a norma que irá reger a situação concreta.

Judicialização significa que uma parcela de poder político está sendo transferida para o poder judiciário. A última palavra sobre questões de largo alcance estão tendo a instância final de decisão perante o poder judiciário. É preciso destacar que em certa medida este é um fenômeno mundial. A existência de um poder judiciário independente e forte é substancial para a manutenção dos princípios democráticos, além da preservação e promoção dos direitos fundamentais.

Ensina Lenio Streck (2011, p. 589) que a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pense-se, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional).

Ao lado dessa constatação da importância do judiciário, também se verificou um descrédito com a política majoritário e muitas vezes o poder legislativo não é capaz de produzir consenso sobre temas controvertidos da sociedade, cabendo ao judiciário resolver tais questões. O juiz não pode invocar a lacuna normativa para não resolver a demanda, portanto, precisa decidir as matérias mesmo quando o legislativo não tenha atuado.

Existem duas circunstâncias brasileiras que potencializam a judicialização, são elas, a existência de uma constituição analítica, isto é, a constituição brasileira é abrangente, cuidando das mais variadas temáticas. Ademais, ainda se tem um

sistema de controle de constitucionalidade que permite que todos os juízes de direito podem interpretar a norma constitucional, inclusive podendo declará-la incidentalmente como inconstitucional. Além disso ainda há o modelo de proposição de ações diretas ao Supremo Tribunal Federal, pelos legitimados pelo rol do artigo 103 da Constituição Federal. Portanto, este arranjo institucional justifica a potencialização da judicialização no Brasil.

O ativismo, por sua vez, não pode se confundir com a judicialização, ao passo que se consubstancia como um modo expansivo de interpretar a constituição, inclusive para leva-la a situações que não foram expressamente contempladas nem pelo constituinte, nem pelo legislador ordinário. Portanto, existem algumas formas de manifestação do ativismo, por exemplo, quando o judiciário leva uma norma constitucional para disciplinar uma situação não regulamentada. Uma atuação mais proativa se dá quando o poder judiciário interfere diretamente com políticas públicas, determinando, por exemplo, o fornecimento de medicamento. O ativismo depende da judicialização, de forma que é necessário que se demande, que se provoque o judiciário para que este adote atuação proativa. No entanto, nem em todas as demandas judiciais há a prática do ativismo.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 129) define o instituto do ativismo como exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, 2010, p. 129)

O ativismo judicial tem uma face positiva, pois significa que o poder judiciário está atendendo demandas sociais importantes que não foram atendidas pelos demais poderes. Por outro lado, há a faceta negativa, de que o poder legislativo não consegue atuar para atender essas demandas sociais. Mas não é desejável uma expansão ilimitada do poder judiciário, mas que o poder legislativo resgate sua

capacidade operacional de produzir consensos e operar de maneira funcional, atendendo a essas demandas sociais.

4 DO DIREITO COMPARADO E O DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A atividade comparativa é inerente à grande maioria das pesquisas. O aprendizado e o incremento abstrato do ser humano ocorrem por sucessivas generalizações, tipificações e classificações do meio, conforme os objetos sejam semelhantes ou diferentes. Assim, não há como ser estranho ao direito o seu conhecimento através do método comparativo, principalmente, quando se vê que o próprio sistema de normas é o resultado histórico do contato entre diversos povos e nações.

O Direito Comparado irá, então, comparar diversos ordenamentos – princípios doutrinários concretizados positivamente nas formas de coercibilidade, no dizer de Cláudio Souto (1997, 193), para daí analisar a sua real correspondência com o jurídico como conhecimento científico-positivo atual concorde com o sentimento de dever ser. Dessa comparação se pode extrair o que de melhor o homem produziu, como forma de subsidiar a futura construção jurídica. Importa também ressaltar aqui que a comparação em Direito não é o mero justapor de normas idealizadas em diversos países conforme a específica orientação cultural de determinado legislador. Não se pode legislar tão somente "comparando" diversas legislações de modo a adotar aquela que pareça mais conveniente ao parlamentar.

Meirelles Teixeira (1991, p. 8) acentua que “o Direito Constitucional Comparado consistirá no estudo comparativo de diversas Constituições e sistemas jurídicos. É justamente esse estudo que permite a formulação do Direito Constitucional geral, quando se verifica o que neles existe de comum, de essencial.” Mas finaliza por colocar o Direito Comparado num plano meramente descritivo, como um “método” para a compreensão das instituições jurídicas constitucionais.

Gutteridge (1954, p. 33) entende que o direito comparado compreende muito mais que uma simples descrição do direito de um país estrangeiro. Ao tratar da função do direito comparado, adere à divisão do direito comparado em direito comparado descritivo e direito comparado aplicado, e é a partir desta classificação que determina suas funções. O direito comparado descritivo, segundo o autor, faz

uma análise das divergências entre os direitos de dois ou mais países, não perseguindo solução de nenhuma espécie, seja de ordem prática ou abstrata.

O direito comparado aplicado, segundo Gutteridge (1954, p. 34), tem como característica o fato de não consistir em uma mera descrição das diferenças existentes entre os conceitos, normas e instituições dos direitos examinados, mas no aprofundamento com um objetivo definido. Na maior parte dos casos, o direito comparado aplicado persegue uma finalidade prática: a reforma do direito ou a unificação de sistemas distintos, e esta é a modalidade de investigação comparativa mais desenvolvida e fértil em resultados.

Jean Rivero (1995, p. 21) observa as funções e finalidades do direito comparado sob uma ótica diversa da maioria dos autores, considerando o direito comparado como meio de descoberta do próprio direito nacional. Já se tem atribuído como uma das finalidades do direito comparado a descoberta de um melhor entendimento do direito estrangeiro. No entanto, Rivero (1995, p. 21) afirma que, em decorrência de estudar somente o direito nacional, o jurista acaba tornando-se prisioneiro do próprio direito. Mudança em institutos jurídicos, às vezes condenada em nome de princípios, passa a ser vista, após uma análise comparativa, como fenômeno universal ligado ao desenvolvimento de uma civilização. De forma que a pesquisa comparativista contribui de forma marcante para a evolução e o alargamento das fronteiras do conhecimento.

Embora o direito à saúde esteja entre os direitos sociais e econômicos reconhecidos no regime de direitos humanos pós II Guerra Mundial, permaneceu relativamente latente por aproximadamente os primeiros 50 anos de seu reconhecimento oficial. Seis fatores contribuíram para o ressurgimento dos direitos à saúde e aos cuidados de saúde desde a década de 1990, tanto a nível nacional como internacional. Passe-se a enumerá-los.

Até certo ponto, o fim da Guerra Fria permitiu oportunidades de reconceptualizar os direitos humanos e, assim, reduzir a divisão ideológica entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais, como se vê na Declaração de Viena adotada pela Segunda Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos em 1993, que se refere aos dois conjuntos de direitos como "universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados".²

²Nações Unidas, Conferência Mundial de Direitos Humanos: Declaração de Viena e Programa de Ação, Viena, 14 a 25 de junho de 1993, Doc. A / CONF.157 / 24 (Parte I) (1993). Sobre o efeito do fim da Guerra Fria, ver

Segundo Gross (2007, p. 35), uma crítica crescente, particularmente de países pós-coloniais, argumentando que as privações na habitação, alimentação, cuidados de saúde e outras condições materiais de vida não são menos prejudiciais do que as violações da liberdade de expressão ou de religião. O movimento pelos direitos humanos reconheceu que não poderia permanecer relevante enquanto ignorava ou minimizava os direitos sociais.

Conforme ensina Gloppen (2010, p. 6), as políticas econômicas neoliberais impostas pelo Consenso de Washington impuseram programas de ajustes estruturais, exigindo a redução dos serviços governamentais e a privatização, o que teve um impacto particularmente prejudicial sobre os cuidados de saúde. O interesse subsequente pelo direito à saúde, particularmente na América Latina, Como uma reação a essas medidas.

Os acordos de livre comércio, como o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, solidificaram os direitos das patentes farmacêuticas, intensificando o conflito entre o direito comercial internacional e o acesso aos medicamentos (GRODIN, 2005, p. 75). Do lado do doente, a síndrome da imunodeficiência adquirida tem desempenhado um papel importante, empregando os direitos humanos para aumentar o acesso aos antirretrovirais.

As reformas dos cuidados de saúde, promulgadas em muitos países desde meados da década de 1980 - reformas do mercado interno, reformas da concorrência administradas e aumento do cuidado administrado - têm procurado controlar o custo e o volume dos serviços de saúde fornecidos (FLOOD, 2003, p. 28). Pacientes que enfrentam negação ou atrasos como resultado de medidas de racionamento muitas vezes recorrer aos tribunais, invocando o direito à saúde.

Estes fatores motivaram um renovado interesse pelo direito à saúde entre os anos 1990 e 2000, articulado em numerosos acordos internacionais, bem como constituições e estatutos nacionais. Uma pesquisa recente concluiu que aproximadamente 70% das constituições mundiais contêm o direito à saúde tipificado, sendo passível de apreciação pelo poder judiciário em apenas

também MJ Roseman e S. Gloppen, "Litigando o direito à saúde: os atores transnacionais estão atrás da condução?", Em AE Yamin e S. Gloppen (eds), *Litigating healthrights: Can Tribunais trazerem mais justiça para a saúde?* (Cambridge, MA: Programa de Direitos Humanos na Harvard Law School, 2011), pp. 246 e 249; J. Tobin, *O direito à saúde no direito internacional* (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 1

aproximadamente 40%.³ Mas para todas essas declarações formais, continuamos a ver desigualdades extremas: o gasto de saúde per capita para 5% da população mundial é quase 4.500 vezes maior do que os gastos com a coletividade e 2,5 milhões de pessoas morrem anualmente de doenças evitáveis por vacinação.⁴ Essas estatísticas tristes, mas familiares, nos obrigam a fazer um balanço: o que tem conseguido a judicialização dos direitos à saúde e que promete para o futuro?

Pode ser que a proteção judicial dos direitos à saúde aborde apenas a "ponta do iceberg", de forma a obscurecer a necessidade de outras estratégias de reforma sistêmica, ou pior, podem ser cooptadas de uma forma que exacerba as questões de acesso (KENNEDY, 2004, p. 63). Em países como os EUA e o Canadá, esta última preocupação relaciona-se parcialmente com a interpretação individualista e muitas vezes negativa dada aos direitos de saúde, significando que eles são interpretados como direitos de não-interferência, o Estado não age em vez de tomar medidas positivas. Em outros países onde os direitos à saúde são dados uma interpretação positiva, podem surgir injustiças se recursos públicos limitados forem desviados para aqueles com os meios e capacidade de litigar seu direito à saúde, como por exemplo, na Colômbia e Brasil.

Buscou-se analisar em que medida os direitos à saúde e o seu litígio estavam mudando ou podendo mudar a dinâmica de seus respectivos sistemas de saúde em termos de acesso e equidade. Para avaliar o que está ocorrendo em um nível global, classificaram-se os países escolhidos em três grupos que dispõem-se em um espectro de menos para mais privado. A tipologia é compreendida em três tipos de países com base em seus financiamentos, senão vejamos: os países de financiamento público ou tributário, que são aqueles onde o financiamento público, com base nas receitas fiscais, é uma característica determinante do sistema de saúde e são países representativos o Reino Unido, a Nova Zelândia, o Canadá e a Suécia.

O segundo tipo de países são aqueles que têm seguro social de saúde ou concorrência administrada, que compreende um sistema de cobertura universal, como os sistemas financiados por impostos, mas são financiados através de contribuições obrigatórias dos empregadores e empregados ou, em casos como os

³C. Jung, R. Hirschl, and E. Rosevear, "Economic and social rights in national constitutions," (2013), pp. 6-9

⁴L. Gostin, "The unconscionable health gap: A global plan for justice," *Lancet* 375 (2010), p. 1504

Países Baixos, Israel e Taiwan, mediante a obrigatoriedade e regulamentação pesada da compra de seguros, quer através de seguradoras privadas ou de fundos de doença sem fins lucrativos. Os países representativos desse grupo são a Colômbia, Israel, Holanda, Hungria e Taiwan.

E, por fim, os países de financiamento misto, que são países onde um sistema privado de saúde desempenha um papel central ao lado de um sistema público. Nestes países, os cuidados de saúde não são universais (como os EUA) ou, alternativamente, existe um sistema público universal, mas tão empobrecido que o financiamento privado desempenha um papel muito significativo (como a Índia). "Público" neste contexto inclui sistemas que são parcialmente financiados pelo financiamento tributário, bem como aqueles parcialmente financiados pelo seguro social obrigatório ou seguro privado obrigatório (o modelo de concorrência gerenciada). Os países representativos desse grupo são a China, a África do Sul, o Brasil, os Estados Unidos, a Nigéria, a Venezuela e a Índia.

Uma faceta importante diz respeito à medida em que o litígio de direitos de saúde pode servir para minar uma alocação justa de recursos dentro de um sistema de saúde. O direito é muitas vezes visto como retificação da injustiça que resulta na parcela mais vulnerável da sociedade, sendo atribuída uma porção injusta de recursos devido à desigualdade econômica, preconceito, discriminação, racismo, homofobia, sexismo e outras disparidades. No entanto, o litígio de direitos que desafia decisões de alocação em saúde pode desestabilizar a alocação de escassos recursos públicos em detrimento dos mais vulneráveis. Assim, por exemplo, litígios que resultam em reivindicações bem-sucedidas de acesso a novas terapias de drogas caras podem desalocar recursos públicos limitados necessários para cuidados preventivos e primários de maior benefício para pacientes e comunidades mais pobres. O litígio é muitas vezes caro e o acesso aos tribunais é importante para determinar se um direito à saúde atende também às populações desfavorecidas.

Uma incógnita surge após o exame desses países: embora todos tenham sistemas de saúde públicos relativamente robustos, eles geralmente não têm um direito judicialmente exigível para os cuidados de saúde financiados publicamente. Estes sistemas de saúde são desenvolvidos como parte do estado de bem-estar moderno e não dentro de um quadro de direitos passíveis de apreciação pelo judiciário. Esses países estão enfrentando uma pressão crescente para cortar custos e há cada vez mais apelos à privatização. Assim, a ausência de um direito

judicialmente exequível à saúde pode ser motivo de preocupação se as reformas nesse sentido não protegerem os mais vulneráveis.

O único país desta categoria com direitos constitucionais relacionados à saúde é o Canadá, onde as preocupações com os tempos de espera estão levando a uma série de desafios constitucionais direcionados às leis que protegem o sistema público de saúde. As disposições gerais da Carta dos Direitos e Liberdades do Canadá não foram interpretadas no sentido de incluir direitos positivos (ou seja, recursos públicos) aos cuidados de saúde. Em vez disso, a Carta foi interpretada como fornecendo um direito "negativo" aos cuidados de saúde. Tal "direito" não se destina nem se preocupa em melhorar o acesso por parte dos mais vulneráveis na sociedade, que não podem pagar cuidados de saúde privados. Por exemplo, em *Chaoulli v. Quebec*⁵, a Suprema Corte do Canadá anulou a proibição de seguro de saúde privado do Quebec, alegando que, devido a períodos de espera dentro do sistema público de saúde, a proibição violava os direitos à vida e à segurança da pessoa. Este caso foi apenas o primeiro de uma campanha maior para criar oportunidades para mais financiamento privado de cuidados médicos necessários e litígios semelhantes estão em andamento em três outras províncias (FLOOD, 2014, p. 32). Esses casos canadenses apontam para o risco de que o litígio de direitos possa minar a igualdade e reforçar a privatização dentro de sistemas estabelecidos de cuidados de saúde universais. Pode-se argumentar que, na situação canadense, o que é necessário é uma interpretação judicial mais abrangente dos direitos constitucionais existentes para incluir um direito positivo (isto é, financiado publicamente) aos cuidados de saúde; situação que a Suprema Corte canadense tem relutado em considerar.

Curiosamente, conforme elucidada Grover (2014, p. 35), diante de um texto constitucional quase idêntico, os tribunais indianos interpretaram um direito (limitado) ao financiamento público. Dentro deste grupo de sistemas financiados por impostos, o Reino Unido mostra mais desenvolvimentos esperançosos no sentido de tribunais que se esforçam para exigir governos para equilibrar os "direitos" individuais contra maiores interesses sociais no seguro de saúde pública. Lá, as petições individualizadas que procuram acesso a novos tipos de cuidados (principalmente novos medicamentos) levaram os tribunais a desenvolver critérios para informar os

⁵ *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] S.C.R. 35

juízes. A tomada de decisões deve aderir aos princípios de equidade processual, ser consistente, considerar fatores relevantes e excluir os irrelevantes. Considerações admissíveis incluem evidências da eficácia global do tratamento, a extensão e probabilidade de que o tratamento irá funcionar para um determinado paciente, a extensão de melhoria que um tratamento poderia ser esperado fornecer, o custo absoluto do tratamento, o número de pacientes que podem beneficiar, e sua relação custo-efetividade (NEWDICK, 2005). Além disso, os tribunais britânicos criaram um meio de acomodar casos "excepcionais", isto é, reivindicações de financiamento por parte de pacientes que afirmam que suas circunstâncias especiais devem receber cobertura para cuidados que geralmente não são segurados. Estes casos forneceram a propulsão para consolidação de um sistema responsável pela definição de prioridades - um em que escolhas difíceis terão de ser defendidas, com adoção de rigor especial quando a decisão afeta seriamente a saúde de um cidadão. Esse quadro de razoabilidade talvez alcance um equilíbrio, oferecendo proteções robustas para os direitos individuais relacionados à saúde, ao mesmo tempo em que reconhece que os gestores públicos devem pesar prioridades dentro de recursos limitados.

Na categoria de países que adotam o sistema de seguro social de saúde incluem-se Colômbia, Israel, Holanda, Hungria e Taiwan. Na literatura comparada, os sistemas financiados por impostos e o sistema de seguro social de saúde são frequentemente agrupados como "públicos", uma abordagem que distorce suas diferenças reais e diminui nossa capacidade de entender o impacto e a interação com os litígios de direitos à saúde. Os sistemas financiados por impostos e o sistema de seguro social de saúde visam à cobertura universal e uma medida de progressividade. No entanto, o financiamento para o sistema de seguro social de saúde é proveniente de empregadores e empregados que contribuem para um fundo central, que por sua vez pagam os fundos de doença concorrentes (seguradoras privadas sem fins lucrativos) um prêmio para cada indivíduo inscrito. Esta camada adicional na administração e no financiamento dos cuidados de saúde tem importantes implicações na forma como os direitos à saúde são tratados (por exemplo, as partes em litígios, o âmbito dos recursos, o papel do gestor público enquanto agente tomador de decisão).

Embora não seja inerente à sua concepção, o sistema de seguro social de saúde, em geral, parece permitir ou gerar um papel maior para o financiamento

privado do que os sistemas financiados por impostos. Além disso, vê-se a partir de uma perspectiva de comparação cruzada, uma série de sistema de seguro social de saúde que estão em transição para um modelo de concorrência administrada. É o caso, por exemplo, dos Países Baixos e da Colômbia.

O sistema de seguro social de saúde tem certas características que se prestam a um papel mais importante para litígios de direitos de saúde, em volume de reivindicações se não profundidade de impacto, do que é visto em países financiados por impostos. Em primeiro lugar, nos países de sistema de seguro social de saúde, não só os direitos relacionados à saúde podem ser incorporados em estatuto, mas os contratos de seguro entre o fundo e/ou seguradora e um indivíduo também pode fornecer uma base para reivindicar direitos aos cuidados de saúde. Em segundo lugar, o sistema de seguro social de saúde tem processos formais de tomada de decisão para determinar a lista de bens e serviços cobertos para cada cidadão pelo plano de seguro universal. Assim, nesses países a própria estrutura do sistema de saúde, com a ênfase em um pacote definido de benefícios que fazem parte de um contrato de seguro, fornece frequentemente as condições favoráveis ao litígio. Uma preocupação é que os "direitos" no sistema de seguro social de saúde incidem principalmente sobre o paciente como consumidor, no contexto do exercício de seus direitos de direito privado. O perigo é que o objetivo geral de garantir a equidade e a solidariedade dentro e entre as pessoas em relação aos cuidados de saúde será perdido.

O caso da Colômbia ilustra o risco de um foco indevido nos direitos individuais. Em primeiro lugar, é importante notar que a Colômbia dispõe de um sistema que fornece as condições prévias para litígios individuais - particularmente em direito privado. No caso colombiano, as seguradoras privadas, encarregadas da prestação do sistema universal e um conjunto definido de serviços aos seus usuários, não estavam cumprindo com suas obrigações. Esses problemas de acesso, combinados com dois fatores adicionais, resultaram em um aumento considerável de litígios, que acabou por ameaçar a própria sobrevivência do esquema universal. Dentre esses três fatores adicionais, o primeiro, é o relativo a um direito constitucional à saúde oriundo de deduções de disposições gerais na constituição; em segundo lugar, as chamadas audiências "tutela", as quais ofereceram um fórum acessível para o exercício do direito constitucional à saúde. Assim, a Colômbia pode, a princípio, parecer utópica para os defensores dos direitos

humanos em saúde, com acesso fácil ao sistema de justiça e cumprimento confiável dos resultados, mas isso é uma falsa realidade, pois, segundo Lamprea (2005, p. 47) o governo perdeu seu poder de negociação de preços (com empresas farmacêuticas, hospitais, médicos e outros provedores) e os custos exponenciais do setor público colocam o todo o sistema universal em risco.

Então, está formado um problema mais geral: se os direitos relacionados à saúde são tratados como incondicionais e não limitados pela capacidade dos recursos, isso pode colocar uma carga insustentável sobre as seguradoras públicas e minar sua capacidade de agir como administradores sábios dos recursos públicos através da negociação preços, ou resistindo extensões de patentes e assim por diante (LAMPREA, 2005, p. 47).

Os tribunais colombianos tomaram recentemente medidas para alcançar um maior equilíbrio entre os direitos individuais e o maior interesse social. Essas medidas são cristalizadas na sentença T-760 de 2008 do Tribunal Constitucional, que abordou a questão sob uma perspectiva geral do sistema de saúde e ordenou ao governo que abordasse os fatores sistêmicos que levam o direito à litigância em saúde.⁶ O tempo dirá se as reformas do Judiciário colombiano traçarão um caminho eficaz para o sistema de saúde do país para promover a equidade global, mas claramente, o ativismo judicial em relação ao direito à saúde está cortando um caminho transformador.

Há também indicadores de decisões judiciais em outros países do sistema de seguro social de saúde sobre a importância de equilibrar os direitos individuais no contexto de garantir um sistema de saúde universal e equitativo. Em uma série de casos recentes, os Tribunais do Trabalho israelenses desenvolveram critérios, posteriormente incorporados a uma diretriz do Ministério da Saúde e confirmados pelo Supremo Tribunal de Israel, consubstanciados em uma lista de fatores que as seguradoras devem pelo menos considerar ao determinar se devem fornecer uma cobertura de seguro para um medicamento ou procedimento que de outra forma não está segurado, procurando assim encontrar um equilíbrio entre as necessidades individuais e garantindo uma distribuição justa de um recurso comum limitado. Os três fatores são: considerações objetivas sobre o tratamento solicitado, tais como a experiência internacional com ele e sua eficácia comprovada; considerações

⁶Corte Constitucional [C.C] Auto 226/11 (Colom.). Acesso em 02/03/2017, disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2011/a226-11.htm>

subjetivas, tais como tratamentos anteriores dados ao paciente; considerações orçamentais globais, para as quais é necessária evidência clara (GROSS, 2005). Este desenvolvimento é semelhante ao que ocorre no Reino Unido e atesta o que Gross (2005) chama de "meio caminho" entre o interesse do provimento coletivo, por um lado, e uma tendência para aceitar amplamente qualquer petição individual, por outro lado.

Por fim, os países que adotam sistemas misto, ao contrário das duas categorias anteriores - que eram todos os países de alta renda (com exceção da Colômbia) -, são todos de renda média (com exceção dos EUA). Dentro desta categoria, analisa-se a China, Nigéria, Brasil, EUA, África do Sul e Índia. Todos têm uma mistura de financiamento público e privado, mas nesta categoria de sistema misto, o papel do setor privado é muito mais extenso, representando 50% ou mais dos gastos com cuidados de saúde e o sistema público está comparativamente sem recursos (com exceção dos Estados Unidos, onde o sistema público é relativamente bem dotado de recursos, mas abrange apenas os idosos e muito pobres). Dos três grupos de países analisados, esse grupo misto é o mais diverso, tanto em termos da riqueza de seus sistemas (Nigéria vs. Estados Unidos) e a judicialização dos direitos à saúde (China, sem direito à judicialização, contra Brasil, com direito constitucional à saúde). Alguns países nessa categoria consagraram os cuidados de saúde como um direito constitucional na tentativa de acelerar os objetivos redistributivos e de acesso com o advento de uma nova constituição. Um bom exemplo é a África do Sul, que, na sua constituição pós-apartheid, enraizou explicitamente um direito à saúde (bem como outros direitos sociais, como a habitação) para desafiar lacunas monumentais de acesso entre ricos e pobres.

Algumas tendências são aparentes nessa categoria: em alguns países (por exemplo, Brasil), os tribunais abriram a porta a um grande número de petições individualizadas; noutros países, as reivindicações coletivas conseguiram impugnar uma política pública irracional, como no caso TAC da África do Sul (anulação judicial da recusa do então Presidente Mbeki de expandir o acesso ao medicamento anti-retroviral nevirapina para prevenir a transmissão materno-infantil Transmissão do HIV), demonstrando o potencial do litígio de interesse público em oposição às petições individualizadas; em outros países, como a China, a Nigéria e, em certa

medida, a Venezuela, a falta de judicialização dos direitos à saúde e/ou a falta de independência judicial tornam os tribunais ineficazes.⁷

Tendo anunciado o problema de permitir que os direitos individuais à saúde superem maiores preocupações de equidade e solidariedade, deve-se reconhecer os problemas que persistem na ausência de litígios de direitos à saúde. Alguns países com grandes desigualdades e sistemas emergentes de saúde, como a Nigéria, não têm direito aos cuidados de saúde; em outros países não há aplicação judicial dos direitos à saúde (como eles existem), como na China e na Hungria, ou a abordagem do judiciário é muito modesta e incremental, como na África do Sul e na Índia. A escala de desigualdade dentro do sistema deve fazer com que se considere se o conservadorismo judicial é a melhor abordagem.

Como os tribunais devem abordar litígios de direitos à saúde? Qual é, então, a melhor abordagem para litigar direitos relacionados à saúde? O direito aos cuidados de saúde é uma característica importante de qualquer sistema de saúde. No entanto, os tribunais no julgamento dos direitos humanos em saúde precisam enquadrar esse direito no contexto dos maiores objetivos de equidade e solidariedade de um sistema público de saúde. Há enormes pressões para financiar todos os cuidados de saúde, todos os serviços e pagar preços exorbitantes de medicamentos e tratamentos, muitas vezes de eficácia muito limitada. Um perigo relativo a uma abordagem baseada em direitos é que ele pode reforçar as demandas individuais de tratamentos de alto preço, exacerbando assim as dificuldades dos governos na gestão de sistemas de saúde justos e eficientes.

⁷ Treatment Action Campaign and Others (2002) 10 BCLR 1033 (S Afr CC)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em alguns países latino-americanos e em vários países europeus onde prevalece a legislação da União Europeia, os tribunais tendem a estar mais dispostos a intervir em uma demanda individual, como por exemplo o acesso a uma nova droga ou terapia. Defende-se que neste domínio, os tribunais devem exibir moderação e ser cautelosos sobre a tentativa de tomada de decisões com vistas a equilibrar as necessidades da comunidade com as necessidades individuais ou desejos dentro de um sistema público universal. Esse tipo de abordagem judicial ressoa com o quadro de "responsabilidade pela razoabilidade" que Norman Daniels (2008) apresentou apelando a um processo transparente e de princípios para a definição de prioridades. O próprio processo judicial tem caráter deliberativo e, portanto, pode promover a responsabilidade pela razoabilidade das pessoas encarregadas de salvaguardar o acesso aos cuidados de saúde: exige que as partes apresentem provas e argumentos fundamentados aos tribunais; exige que os tribunais apresentem argumentos fundamentados para a sua decisão; e o registro de argumentos discordantes promove a discussão pública.

Tem-se buscado determinar uma cesta justa de serviços em termos de núcleo mínimo, para dar conteúdo a um "direito à saúde". Na verdade, tais ofertas devem mudar ao longo do tempo conforme as tecnologias e as necessidades de saúde da população mudar. Isto significa que os tribunais, quanto à saúde, tendem a ser mais eficazes para assegurar que os gestores públicos sigam um processo justo na tomada de decisões, ponderando os interesses das necessidades individuais com a importância de aplicar de forma justa recursos públicos limitados.

Um direito à saúde devidamente normatizado pode e deve encorajar os tribunais a examinarem de perto as medidas políticas que são claramente retrógradas e a empurrar os sistemas para um compromisso com a saúde pública universal que assegure o acesso daqueles mais necessitados não porque os tribunais possam substituir as decisões de política, mas sim porque eles devem examinar se essas decisões aderem aos padrões de direitos humanos. Esta necessidade é ainda mais evidente em sistemas com grandes desigualdades entre aqueles deixados no sistema público ou não segurados e a minoria que se beneficiam de um sistema privado; os tribunais devem analisar os direitos à saúde

como matéria de direitos humanos com vista a melhorar este problema de redistribuição. No entanto, sempre que possível, os tribunais devem proteger e auxiliar o processo democrático de estabelecer a universalidade, igualdade de acesso e cobertura razoável para os cuidados de saúde. Ao decidir sobre direitos relacionados à saúde, os tribunais devem ter firmemente em mente a agenda global de igualdade e equidade que sustenta os direitos humanos em saúde.

Portanto, dados tantos problemas de risco moral que envolvem a temática, deve-se buscar melhorar o acesso à saúde por alternativas diversas da judicialização, ou ainda que a ela atreladas, busque a coletivização das demandas ou ainda substituição da responsabilidade prestacional, mediante compensação tributária. Como exemplo dessa última possível alternativa tem-se a prestação de serviços médicos por entes privados, e a respectiva compensação tributária equivalente aos custos junto ao ente tributário respectivo.

A ampliação de políticas públicas que visem à promoção e à prevenção da saúde também são caminhos viáveis e mais econômicos de se serem objeto de investimento do que a própria medicina corretiva. De forma que a ampliação de recursos para o setor da atenção básica, fortalecendo a prestação de serviços a fim de evitar as demandas em saúde, certamente é menos oneroso aos cofres públicos que remediá-las.

Ademais, muito embora o estudo sobre a judicialização seja uma temática absolutamente contemporânea e que apresenta inúmeras facetas para pesquisa, há ainda uma grande limitação quanto à existência de bases de dados confiáveis e publicizadas sobre a destinação exata e específica de gastos públicos com saúde; o que inviabiliza a realização de pesquisas quantitativas que busquem analisar econometricamente a realidade das despesas do poder público com a judicialização da saúde.

Não obstante, verificou-se que a dualidade entre igualdade e equidade na garantia e aplicabilidade do direito à saúde é uma questão que ultrapassa os limites do território brasileiro e está presente nos tribunais dos vários estados nacionais analisados e perpassa, inclusive, a diversidade de financiamento da saúde e organização jurisdicional desses diversos países.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões judiciais. Jandira: Renovar, 1999.

ANAND, Sudhir; PETER, Fabienne and SEN, Amartya. **Public Health, Ethics and Equity**. Oxford, Oxford University Press, 2005.

ARRETCHE, Marta. Mitos da Descentralização: Mais democracia e eficiência nas políticas públicas? In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 31, São Paulo, ANPOCS, junho de 1996.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Edipro, 2006.

BAHIA, Cláudio Jose Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A Justiciabilidade do direito fundamental à saúde: Concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Ano 99, volume 892, fevereiro, pp. 37/85.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In **Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 01.05.2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 169.

BERCOVICI, Gilberto. A Descentralização de Políticas Sociais e o Federalismo Cooperativo Brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 3, n. 1, março de 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Intervenção Judicial na saúde pública**. Disponível em < <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em 02.05.2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **O Financiamento da Saúde**. Brasília: CONASS, 2011.

CARVALHO, Gilson. Financiamento Federal para a Saúde no Brasil: 2000-2009. SANTOS, Lenir (organizadora). In **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Editora Saberes, 2010, p. 281/307.

CARVALHO, Gilson. **Comentários à Lei Complementar 141 de 13-1-2012 que regulamenta a EC-29 e aos vetos ao projeto aprovado no Senado**. Disponível em <http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/material%20noticias/analise_Gilson_Carvalho_lei_emenda_29.pdf> . Acesso em 02/05/2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Almedina, 2003.

CARVALHO, Luiza de. **STF começa a decidir regras para custeio de medicamentos**. Artigo publicado no jornal Valor Econômico, Caderno Legislação & Tributos. Visualizado no site da Associação dos Advogados de São Paulo. Disponível em http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=7321. Acesso em 02.05.2016.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783> Acesso em 02.05.2016.

CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de. **Novas Abordagens do Orçamento Público**. ESAF, 2011.

CITTADINO, Gisele. Ativismo Judicial, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito. In **Democracia e Educação em Direitos Humanos numa época de insegurança**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008;

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito à saúde**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm> Acesso em 02.05.2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2000, p. 07.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**. The theory and practice of Equality. Cambridge, Harvard University Press, 2000.

FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, n. 4, 1997, p. 12/14

GIRALDES, Maria do Rosário. **Distribuição de recursos num sistema público de saúde**. In: Economia da Saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde. Brasília. Sérgio Francisco Piola e Sólton Magalhães Vianna (Orgs.). IPEA, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2003.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Organizadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes, New York and London**. W. M. Norton, 1999.

HUMENHUK, Howerstton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839&p=2>
Acesso em 02.05.2016

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Autonomia municipal no Brasil e na Alemanha. Uma visão comparativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, 1 dez. 1999 . Disponível em: . Acesso em 02.05.2016

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo, Método, 2007.

MACHADO, F. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.9, n.2, p.73-91, 2008.

MACHADO NETO, Antonio Luís. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 197.

NEWDICK, Christopher. **Who should we treat? Rights, rationing, and resources in the NHS**. Oxford, Oxford University Press, 2005;

OCKÉREIS, C. O. ; SANTOS, F. P. **Mensuração dos gastos tributários em saúde – 2003 - 2006**. Brasília: IPEA, 2013.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão.** Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em

ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. **Série técnica do Projeto de Desenvolvimento de Sistemas e Serviços de Saúde** / Organização Pan-americana de Saúde. Brasília, 2002.

PEPE, V. et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Caderno de Saúde Pública.** Rio de Janeiro, v.26, n.3, p.461-471, 2010a.

PEPE, V. et al. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica.** *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.15, n.5, p.2405-2414, 2010b.

PIOLA, Sérgio Francisco; SERVO, Luciana Mendes. **Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro.** Porto Alegre: UFRGS, 2005.

PORTO, Sílvia Marta. Justiça social, equidade e necessidade em saúde. In: **Economia da Saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde.** Organizadores: Sérgio Francisco Piola e Sólton Magalhães Vianna. Brasília, IPEA, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Lenir. **SUS e a Lei Complementar 141 comentada,** Campinas: Saberes, 2012.

SANTOS, Lenir. SUS: Contornos da Integralidade da Atenção à Saúde. **Boletim de Direito Administrativo.** Ano XXIII, n. 8, agosto, 2007, 921-927.

SANTOS, Lenir; et al. **Direito da Saúde no Brasil.** Campinas: Editora Saberes, 2010.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo.** Ano 34, vol. 175, setembro, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos**

Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Germano. A Autopoiese do Sistema Sanitário. **Revista do Direito Sanitário**. Volume 4, n. 1, março de 2003.

SCHEINBERG, Morton. Judicialização da saúde, um mal necessário. Artigo publicado no jornal "**O Estado de São Paulo**", em 22 de fevereiro de 2009. Disponível em http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090223/not_imp328572,0.php Acesso em 02.05.2016.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo, 2011.

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. **Verba Juris**: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 7, n.7, p.9-34, jan./dez., 2008;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudências**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 05.07.16

TABOSA, Teresa Mendes Santana. **A judicialização da saúde no estado de Pernambuco**: análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento público. Recife, 2010.

TAVARES, Alessandra Schettino. **O Federalismo Cooperativo da Constituição Federal de 1988**: Uma análise na repartição de competência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: SafE, 1997.

UGÁ, Maria Alicia D. Financiamento da Saúde no Brasil. In: **Seminário de Políticas de Saúde no Chile e no Brasil**. Anais. São Paulo: ENSP, 2006.

VENTURA, Miriam. **Judicialização da saúde**: a balança entre acesso e equidade. Artigo publicado no Portal do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Disponível em http://www.cebes.org.br/default.asp?site_Acao=mostraPagina&paginaId=134&mNoti_Acao=mostraNoticia¬iciald=174 Acesso em 02.05.16

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, vol. 41., 2007.

WANG, Daniel WeiLiang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. **Direito da Saúde no Brasil**. Organizadora: Lenir Santos. Campinas: Saberes, 2010.