O Direito Fundamental à Saúde no Brasil - Aspectos Teórico-normativos e Práxis Jurisdicional

The Fundamental Right to Health in Brazil – Theoretical Normative Aspects and Jurisdictional practice

**Resumo:**

A chamada “judicialização” do direito fundamental à saúde, tanto no que se refere à análise de jurisprudência, quanto no que atine à doutrina, pátria e alienígena, evidencia uma ampla discussão existente acerca do *se,* do *como* e *em que medida* podem ser judicialmente exigidos do Estado e dos particulares – especialmente em se tratando de entidades corporativas, nacionais e internacionais, a exemplo dos laboratórios de pesquisa farmacêutica – prestações materiais concernentes à preservação ou recuperação da saúde. A isto, soma-se a problemática das relações institucionais de poder, designadamente no que se refere à intervenção judicial no âmbito da atuação dos poderes Legislativo e Executivo, consubstanciada no dogma da separação dos poderes. Em busca da definição e reconstrução do objeto do direito à saúde, faz-se necessário um intercurso teórico, de modo a estabelecer um diálogo entre o desenvolvimento jurisprudencial e acadêmico na conformação do âmbito de proteção do direito à saúde no Direito brasileiro.

Abstract:

The so-called "juridification" of the fundamental right to health, regard to the case law analysis and to the doctrine shows a large existing discussion about it, of how and in what extent may be judicially required material benefits concerning the preservation or restoration of health by the State and - especially by the corporate, national and international bodies, like the pharmaceutical research laboratories -. To this is added the problem of institutional power relations, in particular as regards judicial intervention under the action of the legislative and executive branches, based on the doctrine of separation of powers. In search of a definition and reconstruction of the right to health object, a theoretical intercourse is necessary, in order to establish a dialogue between the judicial and academic development to delimit the scope of protection of right to health in the Brazilian law.

Palavras-chave: "Judicialização"; Direito à Saúde; Direito brasileiro.

Keywords: "Juridification"; Right to Health; Brazilian Law.

**1. Introdução ao Texto**

O Direito fundamental à saúde compreende um percurso histórico de mobilização social e política atrás de si até que, no Brasil, fosse constitucionalizado em 1988 como direito do indivíduo e dever fundamental do Estado. Desde então, parte significativa da doutrina especializada vem debatendo os contornos jurídicos deste direito subjetivo, em especial, frente ao impacto de questões orçamentárias desempenham para sua real efetividade, como de resto aos demais direitos fundamentais sociais.

Indelevelmente consignamos no presente ensaio monográfico a atual posição dos Tribunais brasileiros sobre o direito à saúde, quando reivindicado na esfera judicial, seja através de demanda individual quer seja em processos coletivos, de tutela transindividual. Intentamos, destarte, fixar os parâmetros normativos, teóricos e judiciais à efetivação jurisdicional do direito fundamental à saúde no Direito brasileiro, tomando como base as mais significativas decisões de nossas cortes superiores.

**2. O Direito à Saúde na CF/88 – Conceito, Conteúdo e Regime Jurídico**

O direito à saúde assume uma intrínseca vinculação ao direito fundamental à vida, e a manutenção desta com qualidade, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a determinação de seu significado e regime jurídico dialoga com outras condicionantes jurídico-axiológicas, o que, de resto, é conspícuo na reiterada produção jurisprudencial referente ao direito à saúde. A noção de direito à saúde deve-se originalmente a dois desenvolvimentos históricos, inicialmente com o movimento de saúde pública iniciado no século XIX, e posteriormente com o reconhecimento, no século XX, ao nível constitucional, dos direitos sociais. Atualmente, pela sua positivação expressa em mais de sessenta Constituições, além dos documentos internacionais e demais Constituições que garantem direitos relacionados à saúde, muitos sustentam que o direito à saúde adquiriu *status* de direito universal e que já se constitui como um elemento costumeiro do direito internacional.

O direito à saúde pode ser considerado, pelo seu conteúdo e relevância prática, como um direito primário por excelência, do qual a própria fruição dos demais direitos fundamentais resta, pelo menos em parte significativa, dependente, inclusive os clássicos direitos de liberdade. Trata-se de um direito, que para além desta característica de condição de possibilidade do exercício pleno dos demais direitos, traz em seu bojo, pela sua estrutura normativa e possibilidade eficacial, a noção de transcendentalidade, no sentido de que, a mera proteção nacional, isolada, sem a devida cooperação inter-regional e internacional, não se torna suficiente para sua efetiva concretização.

O direito à saúde assume, pelo menos, três dimensões quanto às ações e prestações que compõem seu conteúdo, a saber, a curativa, preventiva e promocional. Estas dimensões tem o condão de abranger tanto o aspecto “negativo” do direito à saúde, consubstanciado na noção de respeito e proteção, quanto o lado promocional e positivo relacionado à ideia de qualidade de vida. Neste iter é que se posicionou a Organização Mundial da Saúde ao definir, no preâmbulo da sua Constituição, datada de 16 de julho de 1946, o termo saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doenças”. Ainda que o termo “bem-estar”, assim como “qualidade de vida”, envolva um componente subjetivo dificilmente quantificável, estes indicam, no mínimo, uma abertura conceitual do termo saúde, ensejando a integração de outros elementos, ou posições jurídicas, que não somente a proteção e promoção da saúde física do indivíduo, mas também os aspectos relacionados à proteção do meio ambiente, o direito à educação, o direito à moradia, o direito ao saneamento básico, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, o direito da seguridade social, direito à saúde psíquica, a garantia de uma morte digna, direito à informação sobre o estado de saúde, direito à assistência social e de acesso aos serviços médicos, dentre outros. O direito à saúde, à evidência, não se limita tão somente aos serviços de saúde, mas a todos os fatores que podem eventualmente afetar à saúde do indivíduo, sendo que seu conteúdo é composto por duas dimensões distintas, quais sejam as condições contextuais que afetam à saúde e os cuidados médicos.

Apesar de alta complexidade de se auferir a determinação do conteúdo do direito à saúde, ou seja, do plexo de ações e/ou prestações deduzidas *a priori* desta posição jurídica jusfundamental, o seu enquadramento como direito autônomo, desindexado de outros direitos e garantias fundamentais, perde espaço, tanto em termos de direito nacional, quanto em termos do direito internacional dos direito humanos. Nesse ínterim, propugna-se que a saúde engloba não só o tratamento de doenças, mas sim a busca da qualidade de vida e bem estar, seja através do tratamento das enfermidades, seja através de programas de combate à propagação de doenças, seja ainda no aspecto atinente à proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

Nada obstante, o conteúdo do direito fundamental à saúde e a forma de sua concretização diferenciam-se conforme sua forma de positivação nos textos constitucionais e a forma de sua regulamentação em termos de direito infraconstitucional. Destarte, na sequência, será desenvolvida uma análise dogmática do direito à saúde, a partir do direito constitucional positivo brasileiro, estabelecendo sua peculiaridade normativa e sua forma de concretização no ordenamento jurídico brasileiro.

**2.1 Direito à Saúde como direito e dever fundamental no Direito brasileiro**

Antes de discorrermos acerca do regime jurídico-constitucional brasileiro, relativamente no que atine ao direito fundamental à saúde, cumpre destinarmos breves comentários sobre o estado da arte em termos de direito internacional dos direitos humanos, tanto pela influência que este exerceu quando da elaboração do texto constitucional pátrio, que de resto se verificou em diversos países da América Latina, quanto pela possibilidade de sua aplicação interna pelos mecanismos jurídicos de abertura constitucional.

Especialmente após o segundo pós-guerra, a saúde pública e individual foram objetos de intensa preocupação por parte dos organismos internacionais. A Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, estipulava, em seu art. 13. 1, o comprometimento dos Estados signatários à cooperação internacional no âmbito do direito sanitário. A famosa Declaração Universal dos Direito Humanos, aprovada pela resolução nº 217 da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, ratificou, no art. 25, a saúde, individual e familiar, como direito humano. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, incorporando em seu texto normativo a dimensão negativa do direito à saúde, e o próprio “efeito horizontal” desta posição jurídica, no seu art. 21, limitava o direito de reunião em prol da preservação da saúde pública. Assim também, como não poderia deixar de ser, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil tão somente após o término da ditadura militar, concentrou esforços na proteção da saúde da criança e do adolescente, e na dimensão progressiva deste direito, prescrevendo que toda a pessoa tem o direito de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental. Ainda podemos colacionar a Declaração de Alma-Ata, proclamada a partir da Conferência Internacional sobre Saúde Básica, entre 6 e 12 de setembro, de 1978, e a Declaração Mundial da Saúde, de 1998, ambas elaboradas no sistema da Organização Mundial da Saúde e enfatizando o direito à saúde como direito humano.

No direito positivo brasileiro, o direito à saúde está expressamente consagrado nos arts. 6º, *caput*, e 196, *caput*, da Constituição Federal de 1988, doravante CF/88, de modo que, pela sua dicção normativa, pode ser caracterizado como típico direito-dever fundamental. Neste sentido, os deveres conexos e correlacionados têm sua origem a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental, de tal modo que, como explicitam Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, o objeto dos deveres fundamentais derivados do direito à saúde guarda um vínculo de correlação com as diferentes formas pelas quais esse direito é realizado. Os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde tanto podem ser obrigações originárias, como no caso de políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima constitucional dos recursos orçamentários em saúde e o dever geral de respeito à saúde, quanto obrigações derivadas, entendidas aquelas que necessitem de legislação infraconstitucional reguladora. Nada obstante, é, no mínimo, curioso que tão somente em 1988 o constitucionalismo brasileiro tenha resolvido enquadrar o direito à saúde como direito fundamental, de modo que se traduziu num dos principais avanços (se não o principal) da CF/88 em relação aos textos constitucionais pretéritos.

Como direito fundamental, o direito à saúde pressupõe o acesso a tratamentos condignos, por todos, de forma igualitária, independentemente de sua situação econômica, de acordo com o estado atual da ciência médica. É neste sentido que podemos afirmar, com base no texto constitucional, que o acesso à saúde no Brasil prescinde de qualquer contraprestação pecuniária do seu titular. Independentemente da eficiência econômica à Administração Pública, ou até sob a ótica de uma melhor alocação de recursos, a positivação do acesso igualitário e universal prevista no texto constitucional brasileiro (art. 196, *caput*), além da gratuidade das ações e serviços de saúde estipulada no art. 43 da Lei 8080/90, inclusive em relação aos serviços privados contratados pela Administração Pública, impede que o fornecimento de prestações na área de saúde pelo Poder Público se baseie na lógica mercantil do setor privado, a partir da contraprestação pecuniária, não importando a situação econômica individual do titular do direito.

Desta posição jurídica, extrai-se também a sua oponibilidade *erga omnes*, ainda que em intensidade variada, no sentido de que vincula, através de condutas positivas ou omissivas, tanto o Estado, quanto os particulares, na proteção e promoção do direito à saúde. Esta dúplice vinculação, juridicamente vertical e horizontal, decorre da asserção de que direitos sociais também são direitos fundamentais, e como tais, passíveis de violações oriundas do Estado e, inclusive, dos particulares, e pelo núcleo existencial garantido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre o aspecto referente à chamada “eficácia horizontal” do direito fundamental à saúde, remetemos o leitor ao tópico específico, onde desenvolvemos de modo pormenorizado a matéria (parte I, 2.5).

Como dever fundamental, exposto na norma contida no art. 196, da CF/88: “a saúde é um direito de todos e dever do Estado (...)”, a saúde reivindica uma gama de posições jurídicas individuais e coletivas, assim como de natureza política e social, que se configuram a partir da concretização do direito à saúde. Dentre estes, encontram-se o dever geral de respeito à saúde pública, assim como a proteção da saúde de cada pessoa, inclusive contra si mesma, decorrente da dimensão irrenunciável, ainda que parcialmente, dos direitos fundamentais; deveres de elaboração legislativa e implementação de políticas públicas direcionadas à realização do direito à saúde, assim como o dever de abstenção quando da sua implementação, o dever de regulamentação estatal do mercado, relativamente aos planos privados de saúde e aos preços dos medicamentos, e o dever de elaboração de políticas assistenciais gerais de combate à pobreza.

**2.2 Da fundamentalidade formal e material do Direito à Saúde**

De acordo com a doutrina hegemônica, os direitos fundamentais desfrutam de fundamentalidade em sentido duplo, a formal, concernente ao *status* constitucional que as normas definidoras destes direitos dispõem, e a material, relativa, por sua vez, à importância do conteúdo e do significado de tais direitos. Como modelo paradigmático e singular em nossa história constitucional de Constituição do tipo material está a Constituição Política do Império do Brazil, outorgada aos 25 de março de 1824, cujo art. 178 preceituava “é só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições específicas dos poderes políticos, e aos direitos políticos, e individuais dos cidadãos. Tudo, o que não é constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”. O critério utilizado é tão somente o conteúdo da norma, e não o processo de sua formação.

A fundamentalidade formal dispensa a fundamentação valorativa dos direitos fundamentais, pois já expressam uma decisão política fundamental democrática. Neste sentido, representam posições jurídicas consagradas na Constituição por decisão expressa do constituinte originário, dispondo, ademais, através das chamadas “cláusulas pétreas”, de proteção formal e material no processo de reforma constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88). Trata-se de uma decisão de auto-vinculação democrática, impondo restrições formais e materiais à maioria parlamentar.

Em sua acepção material, a fundamentalidade dos direitos fundamentais decorre do seu conteúdo e relevância social, já que prescrevem decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade. Eles fazem parte da Constituição material de um determinado Estado que, necessariamente, deve estar aberto para reconhecer novos direitos fundamentais construídos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, equiparando-os aos direitos formalmente fundamentais. O art. 5º, § 2º da Constituição brasileira recepciona a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, tanto aqueles que se encontram fora do catálogo ou em tratados internacionais, mas que por seu conteúdo e importância adquirem *status* privilegiado no ordenamento jurídico, quanto os implícitos e decorrentes dos princípios e do regime adotado pela República Federal.

A par do escólio acima delineado, a fundamentalidade material do direito à saúde pode ser identificada na relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, que implica vida saudável e com certa qualidade, portanto como a garantia das condições necessárias ao desfrute dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive em sentido da viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e da sua personalidade. Já a fundamentalidade em sentido formal se desenvolve em três aspectos, a saber, o direito à saúde como parte da Constituição escrita se situa no vértice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se de norma de superior hierarquia axiológica, como de resto os demais direitos fundamentais; se encontra subordinada aos limites formais e matérias de reforma da constituição (cláusulas pétreas); e, por último, decorre da aplicabilidade imediata do que trata o § 1º, do art. 5º, da CF/88.

**2.3 A Dupla Perspectiva Prestacional e Defensiva do Direito à Saúde**

Os direitos fundamentais assumem, segundo seu espectro funcional, características defensivas e prestacionias na relação Estado-cidadão. Os direitos a prestações abrangem tanto as prestações normativas, como o direito de participação na organização e no procedimento, quanto prestações fáticas, relacionadas, por seu turno, a prestações sociais materiais em sentido mais estrito, como, por exemplo, no contexto alemão, o direito fundamental ao mínimo existencial.

Já tivemos a oportunidade, quando da delimitação dogmática estrutural dos direitos sociais, de afirmar a dúplice característica dos direitos sociais enquanto direitos positivos e direitos negativos, de modo que agora nos ateremos ao campo específico do direito fundamental à saúde, que, em termos práticos, aponta para uma complexa rede de prestações e abstenções, tanto do Estado, quanto em relação aos atos de terceiros.

**2.3.1 Direito à Saúde como direito de defesa**

Foi neste sentido, como direitos de defesa, que a teoria dos direitos fundamentais foi originalmente concebida, impondo limitações constitucionais ao Estado frente à liberdade dos indivíduos. Trata-se de direitos que consubstanciam posições subjetivas negativas, obrigando o Estado a abster-se no domínio da liberdade e dos direitos individuais dos cidadãos, assegurados pela Constituição, configurando-se em um verdadeiro imperativo de omissão estatal “*Unterlassungsgebot”*. Importa deixar consignado que, a despeito desta categoria específica de direitos fundamentais proibir ingerências do Estado no âmbito da liberdade pessoal, nem todas elas são vedadas, mas apenas aquelas que contrariarem a Constituição. Em outros termos, a função defensiva dos direitos fundamentais não implica a exclusão por completo do Estado, de tal sorte que o imperativo da omissão diz respeito única e exclusivamente aos atos estatais não vinculados a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental determinadas pela Constituição.

Para Gomes Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa sob dupla perspectiva, seja num plano jurídico-objetivo, consubstanciado nas normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo ingerências destes na esfera jurídica individual, seja no plano jurídico-subjetivo, o qual abrange o poder de exercer positivamente direitos fundamentais, exigindo omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos. Ademais, mister distinguir os conceitos de direitos de defesa e direitos individuais, já que muitas vezes são qualificados como sinônimos na doutrina nacional e estrangeira. Os direitos individuais se prestam a tutelar os interesses jurídicos da pessoa individualmente considerada, independentemente de sua dimensão coletiva, recepcionando tanto os direitos de defesa, quanto os direitos sociais prestacionais.

Ainda que, à primeira vista, o direito à saúde seja facilmente identificável enquanto um típico direito prestacional, designadamente quando se pensa na sua dimensão curativa e promocional, não podemos olvidar, sob pena de flagrante redução eficacial e déficit de efetividade, da sua dimensão negativa, vinculativa do Estado, dos demais Estados estrangeiros, e dos particulares em geral.

O direito fundamental à saúde, por envolver uma complexidade de diversas posições jurídicas relativamente ao seu objeto, reconduz, claramente, a noção de um direito fundamental que contempla, simultaneamente, as noções de direito de defesa e direito a prestações. Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde imprime a garantia da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente considerados. Alguns casos empíricos poderiam ser colacionados a título exemplificativo, como a proibição de empreendimentos (indústria, comércio, etc.) que degradem o meio ambiente ou causem danos à saúde, tanto na sua perspectiva individual, quanto coletiva, da mesma forma a proibição da ofensa à integridade física e corporal de outrem.

**2.3.2 Direito à Saúde como Direito a Prestações**

A concepção dos direitos fundamentais como direitos a prestações surgiu num contexto histórico onde se verificou que a mera positivação de normas que atribuíam posições jurídicas atinentes à limitação do Poder estatal não era suficiente para a garantia da liberdade real dos indivíduos. A igualdade jurídica, interpretada na sua acepção formal e abstrata, foi posta em xeque, especialmente pela sua incapacidade de corresponder de forma igualitária às distintas condições materiais da população. Neste sentido, as Constituições, influenciadas pelos movimentos reivindicatórios do século XIX, inspirados, por seu turno, especialmente no marxismo e na doutrina social da Igreja, iniciaram um processo de constitucionalização de direitos sociais, que permitiam ao indivíduo exigir do Estado uma atuação positiva que melhorasse sua condição de vida, inclusive no sentido de possibilitar o exercício das liberdades negativas.

As prestações a que estes direitos se destinam podem se materializar sob duas maneiras distintas, ou seja, sob a forma de prestações fáticas, que se referem ao acesso a bens ou serviços sociais, ou como prestações normativas, que constituem a criação de normas jurídicas que tutelam direitos individuais, como por exemplo, a obrigação do Estado de legislar sobre as férias remuneradas (art. 7º, inc. XVII, da CF).

Na concepção de Gomes Canotilho, os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). Nada obstante, para o autor – e como corolário do conceito estrito de direitos sociais desenvolvido por Robert Alexy –, caso o particular tenha meios financeiros suficientes e se houver resposta satisfatória do mercado à procura dos bens sociais, a satisfação de suas pretensões sociais deverá ser obtida através do comércio privado.

Ademais, cumpre referência, ainda que não reconduzível à categoria jurídica de direitos a prestações sociais, ao dever geral do Estado de proteção perante terceiros, teoria consagrada na Alemanha sob o rótulo de *Grundrechtliche Schutzpflicht.* Neste sentido, da garantia constitucional de um direito resulta um dever do Estado de adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas praticadas por terceiros. Diferentemente do que ocorre com os direitos a prestações, a relação, aqui, se dá entre indivíduos, obrigando também o Estado a garantir a observância dos direitos fundamentais quando da concretização das normas que regulam o direito privado.

A função prestacional dos direitos fundamentais está associada, fundamentalmente, a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, quais sejam a) ao problema dos direitos sociais originários, os quais podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais, b) ao problema dos direitos sociais derivados, que reconduz à exigência de uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais, sob pena de omissão inconstitucional, e o direito de exigir e obter participação igual nas prestações criadas pelo legislador “*Teilhaberechte”*, e c) se tais normas tem uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes – independentemente de direitos subjetivos – a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições, serviços e fornecimento de prestações. Segundo Gomes Canotilho, os itens “a” e “b” tendem a gerar maiores controvérsias, de modo que, a seguir, nos proporemos, em tópico à parte, discorrer especificamente sobre o tema. Já em relação ao item “c”, o constitucionalista de Coimbra é categórico ao afirmar que as normas consagradoras de direitos sociais individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas.

Como direito a prestações, o direito fundamental à saúde reivindica a realização de atividades positivas por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que assegurem a fruição do direito. Em sentido amplo – e aqui acolhemos a distinção traçada por Robert Alexy quanto às ramificações relativas aos direitos prestacionais em sentido amplo – além das medidas oriundas da sua dimensão jurídico-objetiva que vincula o Estado a atuar na proteção contra ingerências de terceiros (deveres de proteção), resulta também a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos sem os quais não seria possível o exercício fático desse direito fundamental, o que, por sua vez, remonta ao *status activus processualis*, do qual falaremos a seguir. Em sentido estrito, a dimensão prestacional pressupõe o fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental, como atendimento médico-hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, prestação de tratamento, e todas as demais medidas necessárias à proteção efetiva da saúde do indivíduo.

**3. A Assim Chamada “Judicialização” em Perspectiva Constitucional – O Papel do Poder Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde**

A “Judicialização” da política, e das relações sociais de uma forma genérica, constitui um fenômeno cada vez mais presente no âmbito da produção acadêmica e no debate judicial brasileiro, sobremodo quando se trata do tema relacionado aos direitos sociais”. Com especial agudeza, o caso do direito à saúde, por lidar com situações que, não raro, requerem premência no seu julgamento – sob pena, inclusive, de morte do litigante – e que, por outro lado, lida com o permanente incremento da tecnologia médica, o que, *ipso facto*, põe em causa, inexoravelmente, a questão orçamentária dos custos da saúde, especialmente face a um ordenamento jurídico, como o brasileiro, que possui um amplo espectro normativo de garantia do direito à saúde, individual e coletiva, tem se revelado de difícil solução para o Poder Judiciário.

O termo “Judicialização” ou “Ativismo Judicial” pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, sempre foram compreendidas como políticas, ou seja, questões que concernem a um âmbito de decisão coletiva. Trata-se, em outros termos, tanto do controle jurisdicional da vontade do soberano *Hobbes* – exercido, tipicamente, pelo controle abstrato de constitucionalidade –, quanto pela aplicação direta da Constituição a determinadas situações. A democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, na década de 1970, com o desmonte dos regimes autoritário do mundo ibero-americano, exsurgindo Constituições informadas pela positivação de direitos fundamentais, estariam, de acordo com o estudo empreendido por Werneck Vianna, Resende de Carvalho, Cunha Melo e Baumann Burgos, no centro do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, incluindo o Poder Judiciário no espaço da Política.

O elemento essencial como ponto de partida para a compreensão de qualquer teoria moderna sobre a “judicialização” radica na observação do crescimento quantitativo de normas jurídicas, ou seja, da cada vez mais intensa ação do legislativo na construção do Direito, característica típica das sociedades modernas. Nada obstante, tal aspecto quantitativo não tem, pura e simplesmente, o condão de abranger toda a análise sobre a verdadeira problemática da judicialização que, pelo contrário, refere-se muito mais às condições e aos efeitos destas normas em relação ao Estado, à sociedade, aos cidadãos e ao próprio Direito.

Chegamos talvez, no Brasil, ao auge do debate acerca dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, originado da transição de um Judiciário periférico, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, para um Judiciário que, cada vez mais, se mostra como uma instituição central da democracia, designadamente em relação à sua expressão propriamente política, assim como sob a perspectiva da sua intervenção no âmbito social. Vários foram os fatores à consecução desta guinada de posicionamento do Poder Judiciário brasileiro, dentre os quais destacam-se o distanciamento progressivo das ações governamentais em relação ao texto constitucional aprovado em 1988, objetivando um alinhamento do país às exigências da chamada globalização e ao mercado enquanto instância última determinante da vida social; o aumento significativo da conscientização dos indivíduos acerca dos seus direitos; a ascensão institucional do Poder Judiciário; e a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de mecanismos de tutela como a ação civil pública e o código de defesa do consumidor, além da significativa ampliação dos legitimados à proposição de ações diretas de inconstitucionalidade.

3.1 Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito à Saúde: Uma leitura crítica a partir do Direito Constitucional Positivo Brasileiro

Na busca de critérios para a “judicialização” dos direitos sociais, e de forma específica, do direito à saúde, cada vez mais avultam, no Direito brasileiro, duas categorias que, paradoxalmente, não se constroem a partir do Direito Positivo, mas que se depreendem a partir de argumentos estranhos à dogmática jurídica, nomeadamente da Filosofia Política e da Economia. Trata-se do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.

Tanto o conceito de “mínimo existencial”, quanto de “reserva do possível”, são construções forjadas, originariamente, no âmbito da doutrina e jurisprudência alemã, de tal sorte que, incialmente, enfrentaremos o problema sob a perspectiva tedesca.

Na Alemanha, o combate às necessidades sociais, no sentido de retirar as pessoas de situações de pobreza extrema, era compreendido, inicialmente, como um problema de estabilidade interna da sociedade, e não como uma questão de dignidade individual das pessoas. Tentava-se combater as situações de necessidade através de meios policiais, especialmente por meio de prescrições que proibiam a mendicância, ao mesmo tempo que criavam casas de trabalho para a população. Nada obstante, a garantia de assistência social levava a perda automática, pelo beneficiado, do direito ao voto, assim como a limitação da livre escolha de residência. Tratava-se, salvo melhor juízo, de um „estímulo“ para que as pessoas não dependessem da assistência estatal. Estas consequências restritivas da cidadania só seriam abolidas do sistema jurídico alemão com a pressão exercida pelos veteranos de guerra (1914-1918), como forma de um „agradecimento da pátria“.

A partir da instituição da primeira República alemã, e a consequente entrada em vigor da Constituição de Weimar, em 11 de agosto de 1919, além da supremacia política na Alemanha dos social-democratas pós guerra-civil, o ambiente jurídico-político acerca das prestações sociais materias à população começa a ganhar novos contornos e uma nova perspectiva jurídica. Com efeito, um primeiro impulso decisivo nesta direção proveio do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (BVerwGE 1, 159), dispondo sobre os princípios fundamentais para a assistência pública/social. A pedra fundamental para uma análise conjunta do princípio do Estado Social, dignidade humana e dos direitos fundamentais foi lançada por esta decisão. Neste sentido, o Tribunal entendeu que as normas infraconstitucionais que preveem prestações sociais são direitos subjetivos fundamentais, pois se relacionam com o art. 1º, 2º, 3º, 20 e 79, § 3º da Lei Fundamental, extraindo-se, ademais, como fundamento principal, o fato de que “seria incompatível com um Estado democrático que um número significativo de cidadãos, que participam da formação da vontade estatal como eleitores, ao mesmo tempo se defrontem com a ausência de proteção jurídica da sua própria existência”.

Conforme ensina Ingo Sarlet, uma das principais influências exercidas pela ordem constitucional alemã, assim como por seus teóricos e sua produção jurisprudencial, na doutrina e jurisprudência brasileiras, foi, dentre outras, a noção de um mínimo existencial em matéria de direitos sociais. Sua receptividade, por aqui, foi a melhor possível, salvo vozes isoladas que, diferentemente do pensamento dominante, se posicionam a favor de um absoluto esvaziamento normativo/constitucional dos direitos sociais, de modo que em qualquer hipótese, inclusive quando estiver em causa o “mínimo existencial”, o fator prevalente deverá ser sempre as possibilidades orçamentárias do Estado.

Na doutrina brasileira, já há diversos posicionamentos concernentes ao conteúdo do designado “mínimo existencial”. Ana Paula de Barcellos o conceitua a partir de quatro elementos jurídicos, três materiais, consubstanciados na educação fundamental, na saúde básica e na assistência aos desamparados, e um instrumental, relacionado ao acesso à Justiça. Esses quatro pontos corresponderiam ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, por consequência, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. Desde já, tal conceituação expõe uma clara contradição, exsurgida a partir da incorporação de critérios meta-jurídicos à dogmática constitucional. Não há como fundamentar o direito à saúde num “mínimo existencial” desde a perspectiva estrita da saúde básica, pela simples razão de que o próprio direito à vida restaria seriamente afetado ao se excluir uma gama de prestações na área sanitária como tratamentos de alta complexidade e acesso a medicamentos excepcionais, que, à evidência, não constituem prestações básicas, mas que são, em alguns casos, indispensáveis à própria sobrevivência do paciente.

Outro autor de grande influência que trata sobre o tema é Ricardo Lobo Torres, integrante do que poderíamos designar de Escola da UERJ de Direitos Fundamentais. Segundo o autor, baseado fortemente na doutrina alemã, os direitos econômicos, sociais e culturais são justiciáveis, no sentido de posições jurídico-subjetivas exigíveis judicialmente, apenas na medida em que constituam o conteúdo do “mínimo existencial”, este, por sua vez, compreendido como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas, como ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Para Lobo Torres, o conteúdo do direito ao “mínimo existencial” deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (*Da-sein*) ou no ser no mundo (*in-der-Welt-sein*), integrando a estrutura de correspondências de pessoas ou coisas, em que consistiria o ordenamento jurídico.

Nesta senda, o mínimo existencial pode ser caracterizado como aquelas posições jurídicas prestacionais que integram o chamado *status positivus libertatis* (G. Jellinek), ou seja, os direitos sociais que se relacionam, em última análise, com a garantia da liberdade (proteção positiva dos direitos de liberdade). Na esteira da doutrina dos direitos sociais de Lobo Torres, uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais é que enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais são meramente programáticas, no sentido de que se restringem a fornecer diretivas ou orientações para o legislador, de modo que não possuem eficácia vinculante. Em outras palavras, para o autor os direitos econômicos, sociais e culturais não se submetem ao controle contra-majoritário do Poder Judiciário, e devem ser assegurados a partir da cidadania reivindicatória e do exercício da democracia deliberativa.

Na busca de uma conceituação da categoria “mínimo existencial”, e com enfoque diverso do supracitado autor, situa-se Ingo Sarlet, utilizando-a não apenas no que diz com a “judicialização” dos direitos sociais, e, em especial, do direito fundamental à saúde, mas também como argumento, dentre outros, para a fundamentação do chamado “princípio da proibição do retrocesso social”, assim como para uma possível vinculação jurídica dos particulares aos direitos fundamentais sociais, expressa na teoria da “eficácia horizontal”.

Conforme o autor, o direito a um mínimo existencial compreende tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado à garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, abrangendo além do direito à saúde, à educação, à moradia, à assistência e previdência social, também aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica, bem como o direito a uma renda mínima garantida, assumindo a condição de uma cláusula aberta enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos, e que não pode ser tratada de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante, considerando fatores climáticos, culturais e econômicos. Vinculando expressamente a noção de “mínimo existencial” ao direito à saúde, enfatiza que aquele deve ser compreendido como “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”.

Por fim, colacionamos o entendimento da atual ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, que também se voltou para a tarefa de conceituação do chamado “mínimo existencial”. Para Antunes Rocha, o “mínimo existencial” pode ser definido como o “conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas, sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente”. Neste sentido, o “mínimo existencial” atuaria como o conteúdo impositivo aos Poderes Públicos dos direitos fundamentais sociais e culturais, condicionando, destarte, as políticas públicas, permitindo que as pessoas libertem-se de situações de precariedade que os indisponham ao exercício dos direitos que lhes asseguram a dignidade humana.

Da teoria do “mínimo existencial”, podemos extrair algumas conclusões que, à luz do constitucionalismo brasileiro, indicam uma certa dose de prudência, especialmente quando se trata da incorporação de uma teoria forjada em um ambiente jurídico e social consideravelmente destoante do brasileiro, como é o alemão. Em primeiro plano, figura-se como questionável, no Brasil, a validade da argumentação que reduz o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais, a partir de uma fundamentação filosófica dos mesmos, diafanamente inserida no contexto de uma Teoria da Justiça, de índole liberal. Como bem constata Maria Clara Dias, em estudo dedicado à exploração filosófica dos direitos sociais, tal fundamentação dos direitos “básicos” está atrelada a um conceito filosófico de liberdade, à liberdade negativa em sentido amplo (Alexy), em termos de proporcionar a possibilidade factual de se eleger alternativas de ação, realizável apenas a partir de um certo grau de distanciamento de situações de carência econômica.

Outro argumento contrário à utilização do “mínimo existencial” como categoria vinculada à justiciabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais é o que diz com sua intrínseca relação com a teoria dos direitos derivados a prestações, de modo que não se adequaria em países que consagram, ao nível da Constituição, direitos sociais. Neste sentido, Jorge Reis Novais põe a questão em termos de indagação: uma tal teorização, pura e simplesmente identificadora dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais de alguma forma justiciáveis, com mínimo existencial, reduzindo a essa dimensão toda a força jurídica dos direitos sociais, pode ser perfeitamente admissível numa constituição sem direitos sociais, como a alemã. Mas será o modelo compatível com Constituições, como a portuguesa ou a brasileira, que consagram na qualidade de direitos fundamentais um elenco pormenorizado e desenvolvido de direitos sociais?

A doutrina do “mínimo existencial” teve como *telos* o aumento da proteção jurídica dos direitos sociais garantidos pelo Direito infraconstitucional, que na Alemanha subjazem quase a sua totalidade, de tal sorte que, no contexto alemão, a teoria pode ostentar inegavelmente o qualificativo de “progressista”, já que amplia o âmbito de proteção, agora em sede constitucional, dos direitos sociais. Ademais, traduz-se em opção dogmaticamente correta, já que o texto constitucional alemão prevê a cláusula do Estado Social em seu art. 20, possibilitando a sindicabilidade na esfera judicial de prestações, ainda que mínimas, de Direito social.

Em se tratando de direito constitucional brasileiro, ou de qualquer Estado constitucional que preveja direitos sociais em sua Constituição, o efeito é inverso, ou seja, há uma redução do conteúdo normativo das correspondentes posições jurídicas (*Schutzbereich*) com a incorporação da doutrina do “mínimo existencial”. Ademais, sob o ponto de vista finalístico, cuida-se de uma construção jurisprudencial que buscou uma solução para o “problema” da não positivação de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã, especialmente em relação à proteção jurídico-constitucional da seguridade social na Alemanha.

Ainda que, sob um aspecto pragmático, importemos a teoria do “mínimo existencial” para o cenário jurídico brasileiro, sob o argumento de que se trata de mecanismo apto a resolver os problemas clássicos da justiciabilidade dos direitos sociais, especialmente ligada à questão da separação dos poderes, ainda assim, tal teoria não teria muito a contribuir. Primeiramente, o nível de indeterminação e abstração dos direitos sociais em sede constitucional não se reduz pela sua mera transposição a um conceito de mínimo existencial, que, da mesma forma, apresenta dificuldades na busca de critérios objetivos para sua delimitação, relativamente ao argumento da observância do princípio da separação de poderes. De outra banda, a incorporação de tal teoria atuaria em direção contraria ao desenvolvimento da atual dogmática dos direitos fundamentais enquanto direitos indivisíveis e interdependentes, inclusive em termos de uma dogmática unitária, acentuando uma distinção tipológica, meta-jurídica, entre categorias de direitos fundamentais.

No Brasil, o Poder Judiciário já se manifestou diversas vezes vinculando a prestação social em saúde, ou seja, o objeto da demanda, ao conceito de mínimo existencial, principalmente nos casos em que estava em jogo, de um lado, a própria sobrevivência do demandante, ou a melhora de seu quadro de saúde, relacionado, por sua vez, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, de outro, preceitos constitucionais como separação de poderes e a correlata legitimidade democrática para alocação de recursos orçamentários.

Em retrospectiva histórica, as decisões do Supremo Tribunal Federal na conformação do objeto do direito à saúde – ainda que o tema tenha ganhado visibilidade tão somente a partir da multicitada decisão RE 271286/RS, de relatoria do ministro Celso de Mello, apontam para julgamentos que – majoritariamente –, embora concedendo as prestações estatais, especialmente no âmbito do fornecimento de medicamentos excepcionais, tiveram como base jurídica a pré-existência de Lei municipal, estadual e/ou federal, que fundamentava o pedido do autor. Há, inclusive, na jurisprudência pretérita do STF, decisões que, ignorando um núcleo mínimo exigível de prestações em matéria de assistência social em saúde, outorgavam prevalência ao princípio da separação de poderes e à correlata repartição de competências entre os entes da federação, designadamente no que atine à competência legislativa.

Relativamente ao conteúdo do objeto do direito à saúde, houve uma significativa ampliação pelo Supremo Tribunal Federal. Em uma das primeiras decisões do STF sobre direito à saúde, após a promulgação do texto constitucional de 1988, ficou assente a influência da nova Constituição sobre o posicionamento da Corte, especialmente no que diz com uma maior abrangência do objeto do direito à saúde, que, ao vincular este à proteção e promoção do meio-ambiente, inclusive em termos de meio-ambiente do trabalho, deferiu a cessação de atividades poluentes de indústria mineradora, no Estado do Mato Grosso do Sul.

Neste sentido, as mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal estão utilizando como critério de determinação do âmbito de proteção do direito à saúde a compatibilização entre o “mínimo existencial” e a cláusula da “reserva do possível”, designadamente quando estiver em causa a aplicação direta da norma constitucional que consagra o direito à saúde (art. 196, CF/88), ou seja, na qualidade de direito originário a prestações, frente à ausência de política pública específica. Na jurisprudência pretérita do STF, há decisões que, ignorando um núcleo mínimo exigível de prestações em matéria de assistência social em saúde, outorgavam prevalência ao princípio da separação de poderes. Especialmente após o julgamento da ADPF 45, e a realização da Audiência Pública sobre Direito à Saúde, em abril de 2009, a jurisprudência tem se direcionado na utilização do conceito de mínimo existencial para a determinação do objeto do direito à saúde, não relacionada, necessariamente, à sobrevivência física do paciente, e pela desconstituição do argumento baseado no princípio da separação de poderes, quando em causa prestações originárias.

A partir da noção do mínimo existencial, a jurisprudência do STF vem determinando como objeto do direito à saúde tanto o fornecimento de medicamento, incluindo suplemento alimentar, não oferecido pelo Sistema Único de Saúde, desde que comprovada sua necessidade e eficácia no caso concreto, e aprovada pela ANVISA (SS 3989/PI; SS 4045/CE, ambas de relatoria do ministro Gilmar Mendes), como o fornecimento de equipamentos excepcionais para cirurgia (STA 283/PR, min. Rel. Gilmar Mendes), assim como prestações que viabilizem o tratamento médico fora do domicílio do paciente, como despesas de transporte, alimentação e pernoite no local do tratamento, especialmente face à inércia da Administração Pública (SL 256/TO, min. Rel. Gilmar Mendes). Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 767681/GO, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, decidido aos 05 de novembro de 2010, foi posta como tema de repercussão geral a possibilidade do Poder Judiciário determinar reformas em estabelecimento prisional, ainda que ausente previsão orçamentária do Estado, objetivando a melhora das condições de higiene, aeração e saúde dos apenados, em estrita vinculação com a garantia do mínimo existencial.

**3.2 “Judicialização” do Direito à Saúde e sua Dimensão Econômica – A cláusula da “Reserva do Possível”**

Ao se tratar da efetivação judicial do direito à saúde, e dos direitos sociais de uma forma geral, comumente se aborda o tema a partir da sua dimensão econômica, imersa num conflito objetivo entre necessidades infinitas e meios finitos. Trata-se da chamada “reserva do possível”, construção teórica que condiciona a efetivação dos direitos sociais – originalmente vinculada à efetivação dos direitos sociais derivados a prestações “*Teilhaberechte”* –, à capacidade financeira do Estado.

Com efeito, a teoria da “reserva do possível” ganhou contornos jurídicos mais precisos a partir do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, destacando-se a multicitada decisão BVerfGE 33, 303 (333), chamada popularmente de decisão “*numerus clausus*”. Tratou-se, na ocasião, do direito de acesso à vaga no ensino superior, na qual firmou-se o entendimento de que, além da disponibilidade orçamentária, era necessário a razoabilidade da prestação, no sentido de se aferir o que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade. Neste sentido, a “reserva do possível”, na esteira do que leciona Ingo Sarlet, se desdobra numa tríplice dimensão, abrangendo a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionando-se com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; e c) na perspectiva do titular de um direito a prestações sociais, a “reserva do possível” envolve o problema da proporcionalidade da prestação e de sua razoabilidade.

Como visto, a chamada “reserva do possível” não abrange apenas o viés econômico da concretização dos direitos sociais, mas também outras possibilidades de ordem jurídica e institucional, podendo servir, neste sentido, como possível critério balizador por ocasião de colisões entre direitos fundamentais, desde que preservado, em qualquer hipótese, o núcleo essencial de ambos os direitos. Cumpre destacarmos que, para o caso específico do direito à saúde, além da escassez de recursos financeiros, o qual torna-se cada vez mais evidente à medida em que avança o processo de desenvolvimento da tecnologia médica, há também a questão da disponibilidade de órgãos, pessoal especializado e equipamentos, além da questão legal/constitucional da repartição de competências.

Como exposto acima, não negamos o impacto econômico dos direitos sociais, e a eventual utilização da “reserva do possível” como argumento no cenário jurídico brasileiro, já que, nem mesmo na Alemanha, economia central da União Europeia, dispensa-se o debate acerca dos limites orçamentários à efetivação dos direitos sociais, de modo que essa questão, especialmente no Brasil, deve ser levada a sério. Todavia, o que se impõe é a análise crítica do posicionamento impeditivo da intervenção judicial no âmbito da efetivação dos direitos sociais, tendo como fundamento último a escassez de recursos e a correlata competência parlamentar em matéria orçamentária, no sentido de formulação de políticas públicas e alocação de recursos.

Primeiramente, o potencial da teoria da “reserva do possível”, do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro, deve ser significativamente atenuado, especialmente no que diz respeito ao embate entre direitos sociais e limites orçamentários, já que direitos fundamentais sociais não se condicionam, ou, melhor, não estão em estrita dependência do legislador ordinário, como, de resto, se apresentam os direitos derivados a prestações, de matriz infraconstitucional. Ademais, o fato de que o direito à saúde não constitui um direito absoluto não significa, necessariamente, que este deva ser limitado pela capacidade econômica do Estado, mas que possa, eventualmente, sofrer limitações frente à proteção e garantia de outro direito fundamental.

De outra banda, ainda que admitamos o argumento da escassez de recursos como argumento apto a limitar a fruição dos direitos sociais, pelo disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, caberia ao Poder Público, em última análise, a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, de modo que, o argumento *a priori*, de que o Estado brasileiro não tem meios financeiros para arcar com as demandas sociais, sem comprovação fática para o caso concreto, é de pronto descartado.

Com efeito, a limitação estrita das possibilidades do Direito pela economia é objeto de estudo científico desde a doutrina marxista, que relega o Direito à mera condição de superestrutura ideológica da classe dominante. A teoria da *análise econômica do Direito*, ao atribuir, para o campo de Direito, maior significação à categoria *eficiência* do que à categoria legalidade/constitucionalidade, acaba condicionando todo o sistema jurídico pela lógica da infraestrutura das relações econômicas. Neste particular, Lima Lopes, ao criticar o uso indevido de categorias externas à lógica jurídica, destaca que ainda que seja mais eficiente, do ponto de vista econômico, abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante, a obrigatoriedade ou não de tais ações não pode ser respondida com o critério do custo.

A jurisprudência brasileira tem se posicionado, na sua grande maioria, no sentido de dar plena eficácia ao dispositivo constitucional que garante o direito à saúde, quando contrastado com a alegação genérica dos limites orçamentários do Estado. Neste sentido, há jurisprudência farta a respeito, citando-se desde a remota (1997), embora paradigmática, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino, na qual entendeu-se que o direito à saúde, garantido na Constituição, é suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente, o custeio de tratamento (experimental), nos EUA, de menor de idade, vítima de distrofia muscular progressiva de *Duchenne*, ao custo de U$ 163.000,00, de modo que “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, até a recente decisão em sede de Supremo Tribunal Federal, STA 175, julgada em 2010, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, a qual deferiu tratamento, ao custo de R$ 52.000,00 mensais, não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, a jovem portadora de doença neurodegenerativa rara *Niemann-Pick Tipo C*.

Principalmente em relação às decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal tem abordado o tema do possível impacto econômico nas finanças públicas de decisões judicias que versam sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial do direito à saúde, sem que, com isso, o direito tenha sido inviabilizado, inclusive em termos de demanda individual. No caso de relatoria do ministro Celso de Mello, ADPF 45/2004, que vem atuando como o grande precedente nas decisões sobre o eventual embate entre finanças públicas e acesso a prestações de saúde, o Tribunal entendeu que, expressamente se referindo à cláusula da “reserva do possível”, se mostraria “ilícito ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Desse modo, a cláusula da “reserva do possível” – *ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível* (grifo nosso) – não poderia ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Da argumentação sob o prisma econômico, podemos aferir que a cúpula do Poder Judiciário brasileiro não anui com o argumento de que o direito à saúde não pode ser contrastado com outros critérios, inclusive de índole econômico-financeira, mas que tal juízo de ponderação deve ser exercido a partir de demonstrações objetivas para o não atendimento de demandas referentes ao direito à saúde. Neste sentido, o argumento baseado única e exclusivamente no alto custo do tratamento/medicamento não é considerado, pelo STF, como motivo para o não deferimento da demanda na esfera do direito à saúde. A atuação do Judiciário na garantia da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde. Contudo, entende o Tribunal que não há interferência indevida quando a ordem judicial defere prestação de saúde já prevista no SUS. Quando o pedido está fora daquilo previsto na política pública, afirmou-se que se deveria ponderar o objeto do pedido com a capacidade do sistema de saúde de arcar com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.

Ainda que as decisões do Supremo Tribunal Federal, versando sobre escassez de recursos, “reserva do possível” e custos dos direitos, não tenham produzido, até o momento, um rol extensivo de critérios, objetivos e claros – ensejando, inclusive, decisões contraditórias, implicando em prejuízo para a Administração Pública, que terá dificuldade na previsão para o planejamento de políticas públicas, assim como para o cidadão, que tem menos clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, e, inclusive, para os próprios juízes, que necessitam de parâmetros mais seguros e coerentes para as suas decisões–, vislumbra-se, pelo menos, a direção na qual as decisões estão sendo proferidas, de modo a dar prevalência, ainda que *prima facie*, ao direito fundamental à saúde.

**4. Direito à Saúde no Brasil a partir da sua Dimensão Prestacional – Uma construção a partir da análise jurisprudencial**

A seguir, buscaremos demonstrar, desde uma pesquisa empírica de coleta e análise de jurisprudência, o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros no que diz respeito à determinação do espectro de prestações materiais que conformam o conteúdo material do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Neste seguimento do trabalho, nossa atenção será voltada para a argumentação jurídica dos juízes para o deferimento ou não da demanda, especialmente no que tange aos aspectos materiais da decisão.

4.1 Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo e/ou Experimentais – O problema do acesso a medicamentos não previstos pelos órgãos estatais

Apesar da produção local de medicamentos genéricos, e a correlata previsão de um número significativo de tratamentos disponibilizados pelas listas e protocolos terapêuticos do Sistema Único de Saúde, a problemática do acesso a medicamentos excepcionais, de alto custo ou em fase de experimentação, no Brasil, tem sido objeto de intenso debate, em especial pelo fato de envolver diversos interesses, sociais, políticos e econômicos, muitas vezes contrapostos. O fenômeno da “farmaceuticalização” da saúde pública no Brasil “*Pharmaceuticalization of Public Health*”, como observa o antropólogo João Biehl, põe em risco a própria sustentabilidade da política de tratamentos médicos, refletido, exemplificativamente, no caso específico do acesso a tratamento para AIDS que, em 2005, destinou mais de dois terços do orçamento do País para compra de ARV a fabricantes estrangeiros. No bojo deste fenômeno, surgido a partir da mobilização em torno do tratamento da AIDS, muitos governos regionais estão sendo forçados a alterar os seus orçamentos para a saúde pública, em especial frente ao crescente número de demandas judiciais por medicamentos de alto custo, impulsionada por grupos de pacientes com doenças crônicas e genéticas raras, e que contam com o apoio da indústria farmacêutica. Nada obstante, a incorporação de novos fármacos ao sistema público de saúde não é um fenômeno exclusivo do Brasil, mas constitui, cada vez mais, um elemento indissociável da maioria dos sistemas de saúde no mundo, proporcionando, em maior ou menor medida, uma melhoria ou manutenção das condições de saúde das populações. A jurisprudência brasileira tem se manifestado diversas vezes acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo, tanto no que diz com os já previstos em políticas públicas, como nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS ou no programa de dispensação de medicamentos excepcionais, quanto os medicamentos em fase experimental, sem comprovação de eficácia e/ou sem registro nos órgãos oficiais do governo, em especial na ANVISA.

A decisão que, sem dúvida, abordou o tema de forma mais abrangente foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR/CE, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, julgada em 17 de março de 2010. Tratou-se, em linhas gerais, do ajuizamento de ação por intermédio do Ministério Público Federal em favor de jovem com doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, objetivando o fornecimento pelo Estado de medicamento denominado Zavesca (princípio ativo *miglustat*), cujo tratamento revelava-se de alto custo (R$ 52.000,00, ao mês), não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, apesar de aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pela Agência Europeia de Medicamentos. De acordo com os documentos coligidos nos autos do processo, o medicamento pleiteado era o único capaz de deter a progressão da doença de *Niemann-Pick Tipo C*, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente, de modo a lhe possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da sua qualidade de vida.

A União, como polo passivo na demanda, utilizou, preponderantemente, como argumentos à suspensão da tutela, o princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria usurpando da Administração o exercício precípuo de formulação de políticas públicas; a não inserção do medicamento Zavesca na lista de protocolos e diretrizes do SUS, não estando contemplado pela política farmacêutica da rede pública; a ineficácia do medicamento pleiteado para o tratamento da doença *Niemann-Pick Tipo C* – apesar de não comprovar a impropriedade do fármaco –; a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e passiva da União, visto que a responsabilidade solidária dos integrantes do SUS não está ainda normatizada, além de suscitar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Com efeito, esta decisão pode ser entendida como marco jurisprudencial, relativamente à definição de rumos hermenêuticos à atuação dos juízos e Tribunais brasileiros, especialmente no que concerne às demandas judiciais por tratamentos de alto custo. Esta decisão encontra-se no bojo de uma análise conjunta (Plenária) do Supremo Tribunal Federal que indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinavam ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo e tratamentos não oferecidos a pacientes com doenças graves.

Importantes diretrizes foram consignadas nesta decisão, como a que privilegia o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, ressalvada a comprovação da ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal não vedou ao Poder Judiciário a concessão de medida diversa à custeada pelo SUS, que poderá ser fornecida a determinada pessoa desde que esta comprove a indispensabilidade do tratamento pleiteado. Quedou pacífico o fato de que a medicina baseada em evidências científicas, adotada pelo Sistema Único de Saúde brasileiro através dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, pode ser contestada na esfera judicial, devendo estes ser submetidos à revisão periódica e a novas elaborações.

Ainda neste contexto, ou seja, quando não há política pública específica de serviços de saúde, a decisão fez expressa distinção entre os tratamentos puramente experimentais e os novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de saúde brasileiro. Relativamente aos tratamentos experimentais, aqueles sem comprovação científica de sua eficácia, e que são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas, a participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. De fato, essas drogas, como, de resto, afirmado na Audiência Pública, não podem ser compradas em nenhum País, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, sendo que o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou de programas de acesso expandido, de modo que não é possível obrigar o SUS a custeá-las. Neste sentido, o laboratório que realiza a pesquisa deve continuar a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. De outra banda, os novos tratamentos (aqueles ainda não incorporados pelo SUS) podem eventualmente ser pleiteados pela via judicial.

Com efeito, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS, especialmente frente ao fato de que o conhecimento médico não é estanque, e de que sua evolução é muito rápida e de difícil acompanhamento pela burocracia administrativa, não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Neste caso, frisou-se a imprescindibilidade da devida instrução processual, com ampla produção de provas, tornando a medida cautelar, neste sentido, em meio inidôneo de efetivação do direito em sede judicial.

Por fim, o argumento exclusivamente baseado no alto custo do medicamento não pode servir como critério de indeferimento da demanda, justamente face à existência de uma Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais que, fundamentalmente, objetiva o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Neste sentido, a simples argumentação fundada na dimensão econômica do tratamento mostra-se inidônea, na perspectiva do Judiciário brasileiro, para o indeferimento da demanda judicial.

Outras decisões no âmbito do STF também trataram sobre a concessão de medicamentos de alto custo, como dão conta os exemplos da Suspensão de Segurança 2944, de relatoria da ministra Ellen Gracie, julgada em 17 de agosto de 2006, deferindo pedido pelo fornecimento gratuito pelo Estado da Paraíba de *Citrato de Sildefanil*, que, embora não previsto na lista de medicamentos a serem fornecidos à população (Portaria Ministerial 1.318 de 2002) e de elevado custo, o seu não fornecimento acarretaria risco à vida do impetrante, que sofria de doença relacionada à hipertensão pulmonar; e a Suspensão de Segurança 3345/RN, min. relatora Ellen Gracie, julgada aos 13 de setembro de 2007, que determinou o fornecimento pelo Estado do Rio Grande do Norte do medicamento Fortéo (*Tereparatida*) à impetrante, portadora de doença crônico-degenerativa, nada obstante a sua não previsão orçamentária e seu elevado custo financeiro.

Embora, atualmente, o objeto do direito à saúde no Brasil concentre-se mais no acesso a medicamentos, este abrange uma gama variada de serviços e prestações médicas, como acesso a consultas, aparelhos cirúrgicos, órteses/próteses, suplemento alimentar, consultas com profissionais de saúde não-médicos, como nutricionistas e fisioterapeutas, dos quais as internações em UTIs e CTIs – objeto da seguinte investigação – faz parte.

**4.2 Internações Hospitalares UTIs/CTIs**

O objeto do direito à saúde, na jurisprudência brasileira, não se resume apenas à concessão de medicamentos, mas também abrange o direito a internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e em Centros de Terapia Intensiva (CTIs). Com efeito, uma das principais decisões sobre a matéria foi proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião da Suspensão de Liminar 228/CE, cuja relatoria coube ao ministro Gilmar Mendes, e cujo julgamento se deu em 14 de outubro de 2008. Tratou-se de pedido de suspensão de liminar, ajuizada pela União, contra decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral (Ação Civil Pública nº 2007.81.03.000799-0) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a qual determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais Unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas.

Na origem, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Ceará ajuizaram ação civil pública, com pedido de liminar, buscando garantir à população dos 61 municípios que compõem a Macro-Região Administrativa do SUS de Sobral o acesso aos serviços médicos de urgência necessários ao tratamento intensivo quando em condições de grave risco à saúde. Alegaram que, após a instauração do Inquérito Civil Público, constatou-se um quadro de saúde pública extremamente agravado na região, a qual só disponibilizava 9 leitos para atendimento aos pacientes do SUS.

A decisão liminar que a União buscou suspender, ao determinar que todos os pacientes que necessitassem de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo fossem transferidos para hospitais que as possuíssem e que fossem realizadas as ações necessárias para providenciar a instalação e o funcionamento de 10 leitos de UTIs neonatal, 10 leitos de UTIs pediátrica e 10 leitos de UTIs adulta na macro-região de Sobral, fundamentou-se em medida legislativa já concretizada neste sentido.

Outras decisões corroboram este entendimento, citando-se, a título exemplificativo, as decisões em sede de Superior Tribunal de Justiça, nas quais o direito à saúde pressupõe a possibilidade de internação do paciente em UTIs, havendo direito de pleitear o pagamento do Estado por internação em tais Unidades realizada na Rede Privada, a declaração de abusividade das cláusulas contratuais de planos de seguro de saúde limitativas do tempo de internação, e a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação visando internação hospitalar e tratamento de saúde em UTI, em demanda individual, e como direito indisponível.

**4.3 Cláusulas Contratuais no Regime de Saúde Suplementar**

O art. 197, *caput*, inserido no título VIII (da ordem social), da CF/88, estabelece, expressamente, que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Extrai-se deste preceito constitucional que todos os serviços e ações de saúde estão sob o domínio do Poder Público, ainda que sejam prestados por instituições de direito privado. Com base nisso, foi criado, em 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, cuja principal tarefa é a de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores (Lei 9.961/2000). A dificuldade em regulamentar o setor não decorre apenas do aumento significativo no que se refere ao número de beneficiários, mas também ao fato de que, diferentemente dos demais setores regulados pela Administração Pública, como, por exemplo, as Telecomunicações (ANATEL), Petróleo e Gás (ANP) e a Energia Elétrica (ANEEL), que foram decorrentes da desestatização, a Agência Nacional de Saúde Suplementar nasceu praticamente do zero, já que o conhecimento sobre o setor era açambarcado pelos agentes do mercado.

Apesar da existência de instâncias administrativas de regulação do setor privado da saúde, o Poder Judiciário é constantemente acionado para a solução de casos relacionados ao conflito entre a operadora de planos privados de saúde e o consumidor. Por diversas vezes os Tribunais brasileiros se manifestam no sentido de declararem como abusivas cláusulas contratuais que, na visão do Judiciário, atentam contra o direito à saúde. A maior parte delas dizem respeito ao afastamento prévio de tratamento a moléstias infectocontagiosas de notificação compulsória, como é o caso da AIDS/HIV (AgRg no Resp 265872/SP, min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 18 de setembro de 2003; AgRg no Resp 251722/SP, min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 22 de outubro de 2001; Resp 255064/SP, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 05 de abril de 2001), assim como as que limitam o tempo de internação (Resp 251024/SP, min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 27 de setembro de 2000 e Resp 158728/RJ, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado aos 16 de março de 1999). Em relação a esta última, o Superior Tribunal de Justiça já editou súmula no sentido de declarar como abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar de segurado (súmula 302/STJ).

Com efeito, trata-se, como desenvolvido no item 2.5, da chamada “eficácia horizontal” do direito à saúde, que, embora, no caso, seja objeto de um contrato entre particulares, tem recebido proteção judicial, especialmente com base no código de defesa do consumidor e nas normas constitucionais de tutela do direito à saúde. Este posicionamento dos Tribunais dialoga também com a própria noção de função social dos contratos. O contrato, assim como os principiais institutos clássicos do direito privado, como dá conta o exemplo do direito de propriedade, vem, especialmente a partir da denominada função social do Direito, engendrada no constitucionalismo do início do século XX, sofrendo alterações nas suas bases estruturais de legitimação jurídica. Se dantes, num contexto marcado pela teoria política e filosófica liberal e individualista, de matriz kantiana, o contrato baseava-se tão somente na vontade individual dos contratantes, aptos a determinarem a forma e o conteúdo do objeto contratado, limitado apenas pela estrita legalidade, cujos efeitos só diziam respeito à relação entre os contratantes, contemporaneamente o contrato, para a sua validação jurídica constitucional e legal, necessita, também, atender a uma função social, que transcende a esfera estrita da relação jurídica intersubjetiva.

**4.4 Tratamentos Excepcionais no Exterior**

Em recente decisão da lavra da ministra Carmen Lúcia, RE 542641/DF, julgada em 28 de maio de 2010, ficou assente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade ou não do Estado custear ao demandante tratamento excepcional no exterior. Com efeito, nesta decisão não ficou descartada, a princípio, o direito a tratamento de saúde no exterior, mormente quando se tratar de risco à vida do paciente. Contudo, tal possibilidade ficaria restrita à ocorrência de certas circunstâncias, como a não existência de tratamento similar da doença no Brasil, e que tal tratamento, a ser realizado no exterior, tenha a sua eficácia demonstrada pela comunidade médica nacional.

Neste mesmo sentido, na Suspensão de Segurança 2.998, min. Rel. Ellen Gracie, julgada em 29 de novembro de 2006, foi deferido tratamento no exterior a paciente, cuja estadia na França para submissão a procedimento cirúrgico foi custeada pelo Estado do Rio Grande do Norte, mediante a entrega ao impetrante da importância de R$ 50.037,30. Tratava-se de paciente hipossuficiente, cujo tratamento médico era indispensável à sua sobrevivência. Ademais, o procedimento técnico (Ablação por Laser) apenas era realizado pela equipe médica do Hospital Antoine-Béclère, conforme atestado pelo laudo médico do Hospital Universitário de Brasília – HUB.

Em decisão pronunciada em sede de Suspensão de Tutela Antecipada, foi indeferido o pedido da União no sentido de suspender o pagamento de U$ 218.833,00, relativamente ao custeio de tratamento realizado no Texas/EUA, a paciente portador de *Linfoma de Hodgkin*, caso raro de câncer que o levaria à morte, se não tratado com urgência. No caso, todos os tratamentos possíveis no Brasil formam testados, de modo que nenhum obteve êxito no combate à doença. A necessidade vital do tratamento, o esgotamento das possibilidades do mesmo de ser realizado no Brasil, e a indicação, através de laudo médico, do tratamento em instituição norte-americana, balizaram a decisão do Supremo.

Cumpre, por fim, a menção à Suspensão de Tutela Antecipada 36. Tratou-se de pedido pela União de suspensão de sentença que, em ação civil pública, determinou o financiamento de operação de transplante hepático, a ser realizado nos Estados Unidos. No caso concreto, o Tribunal entendeu razoável permitir ao paciente que se trate no exterior, em razão da comprovada incapacidade técnica da Administração Pública para realizar o procedimento cirúrgico pleiteado. Tal procedimento nunca havia sido realizado no País, não se configurando como mero transplante hepático, mas de cirurgia complexa, já que realizada em portador de MSUD (*Maple Syrup Urine Disease*), que pressupõe acompanhamento metabólico pré, intra e pós-operatório, em que a descompensação implicaria em graves sequelas neurológicas ou mesmo na morte do paciente.

**Conclusão**

O direito fundamental à saúde assume um amplo espectro de posições jurídicas desenvolvidas tanto a partir da sua dimensão jurídico-objetiva, quanto subjetiva, de modo que ainda que sua perspectiva prestacional, enquanto direito positivo, se mostre à evidência, um conjunto de outras posições jurídicas se depreendem da sua perspectiva defensiva, organizatória e procedimental.

De outra banda, afirmamos, com base no texto constitucional, que o acesso à saúde no Brasil prescinde de qualquer contraprestação pecuniária do seu titular. Independentemente da eficiência econômica à Administração Pública, ou até sob a ótica de uma melhor alocação de recursos, a positivação do acesso igualitário e universal prevista no texto constitucional brasileiro (art. 196, *caput*), além da gratuidade das ações e serviços de saúde estipulada no art. 43, da Lei 8.080/90, inclusive em relação aos serviços privados contratados pela Administração Pública, impede que o fornecimento de prestações na área de saúde pelo Poder Público se baseie na lógica mercantil do setor privado, a partir da contraprestação pecuniária, não importando a situação econômica individual do titular do direito.

Em termos gerais, ao fenômeno da “judicialização”, especialmente compreendida como produção intensificada do direito positivo, se antepõem, dentre outros, argumentos que se baseiam na formalização; na desintegração; na desestabilização; e nos limites jurídicos da capacidade de ação governamental. O aspecto da formalização se relaciona com o estreitamento do espaço de decisão do titular da decisão política “*die Einengung des Entscheidungspielraums der politischen Entscheidungsträger*”. Neste sentido, no lugar de um poder pragmático de decisão política, instaura-se a técnica da formalidade, própria do Direito. Judicialização significa “neutralidade” e “formalização jurídica”, afastando-se das decisões de poder (político). A desintegração, por seu turno, pode resultar também como consequência do estreitamento do âmbito político de decisão, considerando que a partir da prescrição jurídica de determinados objetivos e métodos de seguridade social, não sejam, ao mesmo tempo, oferecidas respostas adequadas para novos desenvolvimentos, sociais e econômicos, especialmente no que se refere a padrões internacionais de regulação jurídica. Frente ao aumento progressivo da produção de normas jurídicas, também identifica-se a desintegração como fenômeno derivado da “judicialização”, especialmente pela inefetividade e falta de clareza de boa parte das novas regulações, configurando uma séria ameaça à segurança jurídica. Por fim, está a limitação da capacidade de agir do Governo perante o sistema jurídico, na medida em que, apesar de cada vez mais se produzir Direito, o resultado nem sempre leva aos efeitos desejados, designadamente pela relação de dependência existente entre o âmbito da política e do sistema social regulado em diversos subsistemas *Gunther Teubner*, apesar da formalização e da crescente autonomia do Direito.

Por seu turno, a dificuldade do Poder Judiciário de decidir litígios em que esteja em causa, especificamente, a efetivação de direitos sociais, trazendo ao debate jurídico questões vinculadas à justiça distributiva, reside justamente na estrutura institucional de seus órgãos, nos mecanismos processuais de efetivação de direitos (processo legislativo de formação do Direito), assim como pela cultura geral em que se inserem os atores encarregados de pôr o sistema em funcionamento (Juízes, Advogados, Promotores de Justiça, etc.). Ainda neste sentido, cita-se o fato de que os juízes, geralmente, aceitam as opiniões comuns da sociedade e do pensamento jurídico profissional de seu tempo (pré-compreensão); que as demandas judiciais relacionadas aos direitos sociais requerem soluções de reforma social, e não de garantia do *status quo*; o fato de que ao Poder Judiciário faltam meios institucionais para executar e monitorar decisões que impliquem programas de ação continuada, como é o caso típico das políticas públicas (ainda que não se possa reportar única e exclusivamente a problemática da efetivação dos direitos sociais para o campo das políticas públicas); o fato de que como os Tribunais não podem agir de ofício, mas apenas por provocação, os programas de reforma não apenas não podem ser executados por eles, como também não podem ser iniciados por eles, fazendo com que os Tribunais ajam apenas conforme interesses episódicos e descoordenados, e sejam proibidos de ter uma agenda de reformas; e, por derradeiro, que os Tribunais não possuem poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários.

O princípio geral da igualdade também é invocado como obstáculo à efetivação judicial dos direitos sociais, baseando-se no fato de que apenas parcela da população, e justamente a mais instruída, que, em regra, também é a mais privilegiada sob o ponto de vista financeiro, teria seu direito social satisfeito, enquanto que o resto da população, que dificilmente tem acesso ao Poder Judiciário, seja pelo ônus financeiro do processo, seja pela falta de conhecimento quanto a seus direitos, ficaria na dependência da formulação e implementação de políticas públicas governamentais. A isso, soma-se o argumento segundo o qual a concessão de demandas individuais pelo Poder Judiciário aprofundaria a exclusão dos pobres pela transferência dos recursos dos programas institucionalizados para cumprimento de decisão judicial, cujos beneficiários são, em sua grande maioria, oriundos da classe média.

Preliminarmente, cabe destacar que o texto constitucional de 1988 atribui expressamente a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, como dão conta, a título exemplificativo, a tutela do meio ambiente (art. 225, CF/88) e o próprio direito à saúde (art. 196, CF/88), dialogando com o princípio da universalidade e da dignidade da pessoa humana, que, em primeira linha, refere-se à pessoa individualmente considerada. Com efeito, enfatizou-se que os direitos sociais, especialmente quando se trata de direitos básicos, como saúde, educação, previdência, etc., reportam-se à pessoa individual, titular do direito por excelência, ainda que possa ostentar, simultaneamente, uma titularidade coletiva. Tais direitos têm por escopo imediato a tutela do interesse individual na subsistência com dignidade e não o interesse coletivo, ainda que este interesse também assuma relevância e implique um conjunto de direitos e deveres. Ainda neste sentido, advogou-se que a própria distinção traçada entre direitos individuais (civis e políticos) e direitos sociais (econômicos, sociais e culturais), em franco processo de mitigação, nunca teve como fundamento a questão da titularidade dos direitos, e sim o objeto e a natureza dos mesmos.

Ainda neste contexto, deixamos claro que não há de se confundir a noção de políticas públicas com direitos fundamentais sociais. São categorias distintas, ainda que uma possa ser o meio de efetivação da outra, judicialmente exigível. O argumento segundo o qual os direitos sociais são de melhor aplicação através de políticas públicas universais, atendendo de forma mais eficaz e racional a alocação de recursos públicos e, de forma correlata, atendendo de forma mais efetiva o princípio geral da igualdade, não implica, de forma alguma, na ausência de tutela individual dos direitos sociais, inclusive em matéria de prestações individuais no âmbito do direito fundamental à saúde, que, de resto, já vem sendo reiteradamente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A reconstrução do objeto do direito à saúde passa pela análise crítica de tais critérios de “judicialização”. Ambos conceitos tem origem no direito constitucional alemão, e possuem, como base jurídica, a teoria dos direitos sociais como direitos derivados a prestações *Teilhaberechte*. A importação de tais conceitos jurídicos para o contexto nacional deve ser devidamente equacionada, de modo a evitar sua aplicação idêntica em contextos dogmáticos distintos. A doutrina do “mínimo existencial” teve como *telos* o aumento da proteção jurídica dos direitos sociais garantidos pelo Direito infraconstitucional, que na Alemanha subjazem quase a sua totalidade, de tal sorte que, no contexto alemão, a teoria pode ostentar inegavelmente o qualificativo de “progressista”, já que amplia o âmbito de proteção, agora em sede constitucional, dos direitos sociais. Em se tratando de direito constitucional brasileiro, ou de qualquer Estado constitucional que preveja direitos sociais em sua Constituição, o efeito é inverso, ou seja, há uma redução do conteúdo normativo das correspondentes posições jurídicas com a incorporação da doutrina do “mínimo existencial”, embora se admita, em sede da mais recente construção jurisprudencial, uma evolução no que atine à concretização prática dos direitos sociais no Brasil. Ainda que, sob um aspecto pragmático, importemos a teoria do “mínimo existencial” para o cenário jurídico brasileiro, sob o argumento de que se trata de mecanismo apto a resolver os problemas clássicos da “justiciabilidade” dos direitos sociais, especialmente ligada à questão da separação dos poderes, ainda assim, tal teoria não teria muito a contribuir. Primeiramente, o nível de indeterminação e abstração dos direitos sociais em sede constitucional não se reduz pela sua mera transposição a um conceito de mínimo existencial, que, da mesma forma, apresenta dificuldades na busca de critérios objetivos para sua delimitação, relativamente ao argumento da observância do princípio da separação de poderes. De outra banda, a incorporação de tal teoria atuaria em direção contraria ao desenvolvimento da atual dogmática dos direitos fundamentais enquanto direitos indivisíveis e interdependentes, inclusive em termos de uma dogmática unitária, acentuando uma distinção tipológica, meta-jurídica, entre categorias de direitos fundamentais.

Por fim, o termo “judicialização” tem sido empregado com um inequívoco sentido pejorativo, de excesso de atuação do Poder Judiciário em questões que atinem, em primeira linha, à atuação dos poderes representativos da democracia parlamentar, cujo principal argumento para a sua auto-restrição se fundamenta no princípio da separação de poderes, mais especificamente na reserva parlamentar em questão orçamentária. Grande parte das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde se refere, em primeira linha, ao não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigação já regulamentada na esfera legislativa e incorporada em política pública pré-definida pelos órgãos da Administração Pública, de modo que, aqui, não há de se falar em limitação no espaço decisório da política, designadamente dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, a partir de pesquisa quantitativa formulada com palavras-chave inseridas nos *sites* de busca dos principais Tribunais do País, verificou-se que os processos judicias, indexados com os termos “Direito e Saúde”, “Direito à Saúde”, e “medicamento”, correspondem a uma pequena minoria do total dos processos julgados, de acordo com o CNJ, no ano de 2009, representando menos de 1% do total dos processos julgados pelo STF e menos de 2,5% dos processos julgados pelo STJ.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2º Ed. Frankfurt a.m: Suhrkamp, 1994.

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: LEGIS, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CORRÊA, Anelize Maximila; PAULSEN, Carolina Moreira; MOLIN, Lúcia Dal. *Direitos* *Humanos.* Documentos Básicos. Pelotas: EDUCAT, 2005.

DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de Vida: a função social do Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 41, junho/1994,

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

GROSS, Aeyal M. The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation – National and International Perspectives, in: EREZ, Daphne Barak; GROSS, Aeyal M (Orgs.). *Exploring Social Rights*. Between Theory and Practice. Oregon: HART Publishing, 2007.

HUSTER, Stefan. Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, in: *Juristen Zeitung*, 18/2008.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (Proteção da) Saúde, in: *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, nº 1 jul./dez. 2008.

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

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental*. Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NEUNER, Jörg. Os Direitos Humanos Sociais, in: *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 7, jan/jun. de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado, in: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, nº 61, jan/mar. 2007.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algunas Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Protección y Promoción de la Salud a los 20 Años de la Constitución Federal de Brasil de 1988, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). *La Protección Judicial de Los Derechos Sociales.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito/Equador, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrgs.) *Handbuch des Saatsrechts*, vol. V, 2º ed. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.