V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

HENRY JAVIER TRUJILLO AROCENA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Henry Javier Trujillo Arocena, José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-215-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



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



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

En las presentaciones realizadas se puede ver análisis que recorren distintos niveles de temas dentro del concepto de acceso a la justicia. De manera general, se pueden distinguir cuatro aspectos que han motivado el trabajo de los ponentes. Un aspecto que se podría llamar "procesal" refiere a los institutos procesales disponibles dentro del Poder Judicial y dentro del sistema institucional como un todo. Básicamente, éstos refieren a diferentes tipos: los mecanismos alternativos tales como el arbitraje, conciliación y mediación; los juzgados especiales, y los institutos de acción colectiva o de público interés. Quienes expusieron sobre estos temas estaban preocupados sobre todo por la eficiencia y eficacia de estos instrumentos procesales, particularmente los primeros –la mayoría de los trabajos refirió a ellos- debido principalmente a la reciente entrada en vigencia del Código del Proceso Civil en Brasil (CPC) que ha incluido innovaciones en los procedimientos de conciliación y mediación, en busca de facilitar la entrada al sistema legal por parte, especialmente, de aquellas personas y grupos más vulnerables. Los mecanismos de autocomposición son vistos como una forma prometedora de enfrentar el crecimiento y complejidad de las demandas que enfrenta el Poder Judicial. En general, estos trabajos concluyen que estas herramientas son un avance, aunque todavía insuficientes.

Un segundo tipo lo constituyen las acciones colectivas, incluyendo acciones de masa. También aquí el CPC incluye innovaciones cuyo efecto se verá en el futuro, y también aquí quienes abordan el tema observan limitaciones en el diseño del instituto. El tercer tipo, dado por los juzgados especiales, ha sido objeto de un trabajo que también observa el funcionamiento de la Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU), encontrando que ha adoptado formas novedosas de unificación de jurisprudencia y de generación de parámetros de actuación, facilitando soluciones más próximas a las necesidades de los justiciables y también más rápidas.

Más allá de los instrumentos procesales, un trabajo tomó en cuenta el papel de las Defensorías públicas como mecanismo de acceso a la justicia, especialmente para personas más vulnerables. Se encuentra que, a pesar de la existencia de recomendaciones internacionales sobre la necesidad de este mecanismo, y de que estas fueron incorporadas en

la Constitución, la implementación de la institución es deficiente en buena medida, teniendo cobertura solo en una fracción del territorio, y con problemas de funcionamiento en muchas partes.

De hecho, los problemas de calidad del diseño y la implementación de instrumentos procesales, y de los propios organismos con funciones en el acceso a la justicia, son observados reiteradamente por los ponentes. Se señala justamente que el acceso no puede reducirse solo a la admisión en el proceso, sino que incluye también el modo de ser del proceso, la justicia del resultado y su utilidad. Los distintos trabajos sugieren que la promulgación de disposiciones legales es un paso adelante, pero notoriamente insuficiente si no es acompañada de otros procesos de cambio. Todo esto lleva a complejizar el concepto de acceso a la justicia, complejización que refleja la de la sociedad que demanda ese acceso, que según ven varios de los ponentes se ha vuelto más diferenciada y múltiple.

En este sentido, un trabajo se apoya en la teoría de los juegos para aludir a la existencia de ciertas formas de cultura legal que tienden a identificar acceso a la justicia como acceso a un litigio que, en tanto conflicto, solo puede ser resuelto por adjudicación, aplicando la fuerza del Estado. En cambio, los modelos de autocomposición presuponen la posibilidad de comportamiento cooperativo, que resulta difícil de conciliar con el paradigma imperante.

Finalmente, dos trabajos se han referido a los temas planteados por los enfoques neo constitucionalistas. Uno de ellos analiza los dilemas distributivos que se plantean frente a la actuación del Poder Judicial en el acceso a medicamentos y servicios médicos de alto costo, proponiendo la aplicación de la teoría de la justicia de Rawls como forma de decidir la asignación de recursos escasos frente a la judicialización de estas demandas. El otro trabajo explora la inobservancia de disposiciones positivas, especialmente de la audiencia preliminar, desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli.

De hecho, el GT propuesto Acceso a la Justicia afirma cada vez más como un espacio de discusión no sólo de acceso a los tribunales como una herramienta para producir la justicia, que no pocas veces produce exactamente lo contrario, pero, sobre todo, la construcción la ciudadanía y la necesidad de aumentar las oportunidades de acceso a los sistemas de justicia. Esto sólo será efectiva como cuando el monopolio de decir lo que es correcto para migrar a una mayor comprensión de lo que es correcto y por lo tanto no sólo ellos mismos tienen que cambiar las fuentes tradicionales del derecho, tales como, en particular, la expansión de los actores inherente a la toma de decisiones y constructivo proceso de su fuente más recurrente, la ley.

Montevidéu

Prof. Dr. Henry Trujillo - UDELAR

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUCPR

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E A ESCASSEZ DE RECURSOS PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

DISTRIBUTIVE JUSTICE AND THE SHORTAGE OF FUNDS FOR PUBLIC POLICIES OF HEALTH IN BRAZIL

Henrique Ribeiro Cardoso [1]
Marta Virginia Moreira Bezerra Patriota [2]

Resumo

O presente artigo trata do problema da escassez de recursos para atender de forma satisfatória às necessidades de políticas de saúde pelo Estado. Com a forte tendência à juridicização da política, passa-se a questionar a verdadeira justiça em se alocar recursos para a execução de sentenças judiciais, em detrimento do atendimento da parte da população que não tem acesso ao Judiciário. Dessa forma, apresenta-se a teoria da justiça distributiva de John Rawls como uma possível resposta ao problema, na busca da melhor forma de aplicação dos recursos estatais para o atendimento ao Direito à Saúde.

Palavras-chave: Saúde, Justiça distributiva, Escassez, Juridicização, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the problem of shortage of resources to meet satisfactorily to health policy needs by the state, causing deficits in servicing rights involving such policies. With the new trend of policy legalization, where increasingly, it started to question the true justice to allocate resources to the execution of judgments, at the expense of the population of the service without access to the courts. Thus, the theory of distributive justice of John Rawls is presented as a possible answer, in order to check the application of the public resources to attendance the human right to health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health, Distributive justice, Scarcity, Judicial review, Public policies

[1] Pesquisador em Estágio Pós-Doutoral no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba; Doutor e Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio).

[2] Mestranda em Direitos Humanos no Programa de Pós-Graduação da Universidade Tiradentes/SE. Professora da UNIT/AL; Advogada; Conselheira Estadual da OAB/AL; membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/AL.

INTRODUÇÃO

Quem se debruça sobre a questão das políticas de saúde no Brasil deve levar em consideração o que determinam os artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, que afirmam que a saúde é um direito fundamental das pessoas e dever do Estado. A saúde, até 1988, não tinha o mesmo caráter de juridicidade, mas desde então tomou uma postura jurídica e com natureza constitucional.

As consequências do que se denomina de "juridicização constitucional" que vem tomando corpo nas políticas de saúde não são comuns. Se de certa via há a imposição de tal ordem aos que lidam com a saúde pública, determinando-se limites e princípios norteadores, legalmente afirmados, que anteriormente não existiam ou ainda não eram constitucionalmente reconhecidos, por outro lado, o que se vê é a necessidade de avanço no trato das políticas públicas pelo universo jurídico na atualidade. Deste reconhecimento surgem diversas questões de confronto entre o que o direito e seus intérpretes compreendem e o que a Administração Pública, com suas políticas públicas planejadas abarcam como sendo de sua esfera.

Nesta trajetória, desde o final da década de 90, diversas ações judiciais ajuizadas individualmente ou coletivamente levaram as questões de saúde ao Supremo Tribunal Federal. Tornou-se clara a discrepância no entendimento do que é objeto do Direito à Saúde na visão do Poder Judiciário e sob a ótica dos responsáveis pela prestação de tal serviço.

Reconhece-se que existe uma limitação orçamentária, devendo toda a execução de atividades relacionadas às políticas de saúde atender a um critério de escolha sobre onde os valores destinados deverão ser gastos. Com isso, há a limitação do Direito à Saúde, que perde, assim, seu caráter ilimitado e absoluto.

Ademais, é necessário constatar que outros fatores são levados em consideração na determinação do direito à saúde, como situações econômicas, sociais, ambientais e biológicas, não sendo limitado unicamente pelo acesso a médicos e a tratamentos específicos de saúde.

Sendo assim, a saúde, para ter atendimento pleno pelo Estado, deve ser compreendida de forma mais ampla do que serviços médicos e acesso à medicamentos, o que faz o Poder Judiciário adotar uma compreensão de saúde como direito fundamental, igualmente ao direito à vida, de acordo com o status dado pela Constituição de 1988.

Diante da indiscutível relevância de tais valores e da força normativa que a Constituição lhes empresta, o problema da escassez de recursos vem sendo colocado em plano

secundário. Trata-se, na visão da maioria dos tribunais, de interesse financeiro menor do Estado, que não pode se sobrepor aos bens maiores da saúde e da vida.

O que se demanda ao Judiciário, em termos de ações relacionadas ao Direito à Saúde, são intervenções médicas pontuais e específicas, como a realização de cirurgia ou tratamento, ou ainda o fornecimento de certos medicamentos, de órteses e dispositivos auxiliares. Assim, percebe-se que no Poder Judiciário a saúde é tratada de forma isolada de seu contexto socioeconômico ambiental mais amplo e analisada somente sob o aspecto dos cuidados médicos. A saúde, em suma, cuida da doença, e não da busca e manutenção da saúde.

Para além das discussões de que os denominados direitos econômicos e sociais assim acolhidos pela Constituição de 1988 são normas programáticas, que não possuiriam eficácia plena, não há como negligenciar os problemas trazidos pelo desatendimento dos mesmos pelo estado, ainda que sob a alegação da falta de recursos para atendimento a essas demandas. São relevantes e não podem ser tidas como uma utopia pela sociedade.

Assim, neste contexto, procurar-se-á fazer uma análise do Direito à Saúde, tendo como objetivo apresentar possíveis soluções de consenso entre a prática adotada pelo Poder Judiciário e o planejamento daqueles que tratam diretamente com políticas públicas, a Administração Pública, dentro de um modelo de Justiça Distributiva.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS E A COMPREENSÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Pela redação do texto constitucional já é possível perceber que a prestação do direito à saúde não fica tão somente restrito ao atendimento médico, à efetivação de exames e à oferta de medicamentos. A Constituição Federal vai além desse entendimento na medida em que dispõe em seu art. 196 a seguinte determinação:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Ao prever, como se pôde observar, que a garantia desse direito se dará “mediante políticas sociais e econômicas”, percebe-se que a saúde do cidadão brasileiro, enquanto dever

estatal, deve ser prestada de modo preventivo, acautelatório e prestativo simultaneamente. Esse entendimento não se mostra irrazoável tendo vista o fato de que já se é espargido na comunidade científica, bem como no senso comum, o entendimento que ações voltadas para o saneamento básico, cuidado ao meio ambiente, noções de higiene básica, alimentação básica e educação como um todo são essenciais para aprimorar as condições de saúde de uma determinada sociedade.

Partindo do pressuposto de que o direito à saúde previsto na Constituição não se limita aos fatores técnicos citados, resta saber qual a verdadeira dimensão que esse direito alcança enquanto responsabilidade estatal. Ou seja, quais aspectos específicos correspondentes a esse direito devem ser alvos das políticas públicas por parte dos órgãos do Poder, entendidos como Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nesse sentido, a própria Constituição norteia o caminho a ser seguido pelos Poderes do Estado na garantia e na prestação desse direito. É com atenção ao preceito do "acesso universal e igualitário às ações e serviços" do art. 196, que a própria Carta Magna concede ao Sistema Único de Saúde as seguintes competências:

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
> V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).

Em observação a esse dispositivo e a forma como fora redigido, é possível perceber que se trata de uma norma programática e diretiva da Constituição. Sendo assim, preserva-se o entendimento de que essa competência estabelecida, na forma de dever, porém, não é taxativa. São direcionamentos que servem de instrumento para o Judiciário decidir com interpretação mais ampla e abrangente, para o Legislativo implementar leis mais específicas e atuais com os contextos sociais, políticos, econômicos e sociais, e para o Executivo

implementar ações e políticas públicas de direitos humanos de modo a contemplar esse direito de forma mais satisfatória e efetiva.

Uma prova de que o ordenamento jurídico brasileiro adota uma concepção ampla, diretiva e programática do direito à saúde e das competências do Sistema Único de Saúde é o conceito desse direito trazido pela lei que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (Lei n.º 8.080/90). Observa-se:

> Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.
> Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (BRASIL, 1990).

Como afirmado anteriormente, a própria lei explica que a efetivação do direito à saúde está condicionada à alimentação, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. E o termo "entre outros" confirma a ideia de que não fica reduzida à um rol taxativo, e que a norma é de caráter diretivo e programático.

Ocorre que apesar de ser sólido e facilmente perceptível o rol exemplificativo de fatores condicionantes e determinantes da prestação e do próprio direito à saúde, é necessário compreender a sua dimensão ideal no campo da compreensão dos três Poderes para que a atuação deles possa ser mais eficaz e melhor fiscalizada pelos órgãos competentes e pela própria população. É necessário traçar mecanismos de efetivação do direito à saúde de modo a cumprir a medida programática da Constituição, isso porque apesar da prestação ter condicionantes exemplificativos, para que a atuação estatal seja efetiva, a sua responsabilidade deve ser taxativa.

Diante desse complexo problema, é que faz necessária a compreensão do que são políticas públicas de direitos humanos e do caráter multidimensional do direito à saúde, o que se passa a analisar a seguir.

1.1 Breves considerações sobre políticas públicas de direitos humanos

O elemento central das políticas públicas é o bem-estar público realizável na medida em que é conferido racionalidade às ações governamentais. Para o alcance desse fim é preciso compreender como se equaciona o ciclo de vida das PP, que revela ser contínuo cíclico e

sistêmico. A primeira fase do ciclo repousa na questão da definição do problema público, que é aquele que está presente na agenda pública, e que em razão desse fato está à mercê dos interesses políticos partidários. A segunda fase reside na estruturação do problema, com a posterior construção de possíveis soluções para as questões levantadas (VÁZQUEZ e DELAPLACE, 2011).

Importante demarcar que nenhuma solução é completa, e que para o alcance de uma resposta integral a um problema público é preciso fazer uso do agir comunicativo que defende Habermas (1989), com o fito de alcançar um equilíbrio entre os interesses em questão.

Nessa linha de pensamento, importa ainda identificar como o problema público é estruturado, e a partir de qual ponto de vista e de qual enfoque. Há ainda a questão da competência do problema, se é possível delimitar e setorizar um dado problema ou se é um problema intersetorial. A terceira fase diz respeito à questão da tomada de decisões, a saber, se é meramente uma questão técnica pautado em evidências e estatística, ou se ao final é uma decisão política. A quarta fase do ciclo de vida das políticas públicas repousa na questão da implementação. Observa-se de plano que "a realidade é complexa e nem sempre é possível prever todas as causas que modificam ou intervêm em uma PP" (VÁZQUEZ e DELAPLACE, 2011, p. 37).

A implementação de PP talvez seja a fase mais complexa, pois envolve uma série de vetores e articulações necessárias para a efetiva realização de direitos. Por fim, a última fase do ciclo de vida das PP repousa na avaliação da PP em que há o exame de todos os processos anteriores, desde o desenho, planejamento, gestão, resultados e impactos alcançados. Ainda que o ciclo de vida da PP esteja metodologicamente dividido em cinco etapas sucessórias, esse ciclo deve ser sempre cíclico e flexível, de modo a permitir o retorno das etapas anteriores quando se mostre necessário. A transversalidade das etapas deve ser sempre considerada de modo a permitir uma realização de direitos de forma mais eficiente e efetiva.

Ao se pensar em políticas públicas voltadas a atender às necessidades dos movimentos atuais de direitos humanos, e uma das principais pautas é o direito à saúde, é necessário compreender que o movimento neoliberal de desregulamentação de Estado e expansão do mercado e a maior preocupação em satisfazer a necessidades do fluxo de capitais, transformaram o Estado e uma empresa pública em que os interesses econômicos acabam se sobrepondo ao direitos humanos fundamentais (BAUMAN, 2010).

Sendo assim, as políticas públicas não devem ser pensadas, como atualmente, para atender aos interesses econômicos, imaginando-se que por consequência os direitos humanos fundamentais serão atendidos. Esse sistema já se mostrou fracassado. O paradigma deve ser

invertido de modo que que é preciso assumir um rol de prioridades que visem o combate, sobretudo da pobreza, considerada um fator limitante da "capacidade de autodeterminação/autorrealização do sujeito, a possibilidade de exercer poder." (VÁZQUEZ e DELAPLACE, 2011, p. 41).

A grande questão que merece ser destacada nessa diretriz é a noção de que as Políticas Públicas devem adotar sempre uma perspectiva de direitos humanos, o que implica necessariamente o empoderamento do sujeito de direitos. Nesse ponto a linguagem de direitos é extremamente importante, porque gera lógicas de responsabilidade através de mecanismos de prestação de contas e obrigações jurídicas vinculantes. Assim, a partir desse ponto de vista, o objetivo e a essência da Políticas Públicas não são a solução de problemas específicos, de demandas insatisfeitas, mas o cumprimento de direitos.

O conceito de política pública, portanto, pode ser entendido da seguinte maneira:

> PP é um conjunto de procedimentos que incluem a alocação de insumos por parte do governo, que devem ser obtidos de acordo com o princípio da economia e processados com uma lógica de produtividade para obter produtos que possam gera, no curto prazo, certos resultados. (VÁZQUEZ e DELAPLACE, 2011, p. 40).

Para o alcance da plena realização de direitos através de PP, existem pontos que merecem ser destacados para o efetivo empoderamento do sujeito, que tem como principal objetivo o alcance da liberdade como autodeterminação. Assim, para a elaboração de PP é preciso observar padrões mínimos de implementação de direitos humanos, tais quais: igualdade e não discriminação; participação; coordenação e articulação entre níveis e ordens de governo; cultura de direitos humanos, e acesso a mecanismo de exigibilidade.

Firma-se, portanto, que as políticas públicas que visam ao empoderamento do sujeito, de modo a buscar a erradicação da pobreza é um fator que efetiva a prestação do direito à saúde, como consequência, que as políticas públicas que visam ao atendimento de interesses econômicos. Com mais empoderamento, o carente da prestação do direito em questão apresenta maiores condições de ter esse direito efetivado na medida em que toma conhecimento das responsabilidades específicas do Estado e tem mecanismos de fiscalização e exigibilidade, como fora demonstrado.

1.2 Escassez de instrumentos de implementação de políticas pública de saúde

Antes de trabalhar a multidimensionalidade do direito à saúde e sua consequente necessidade e efetivação, é necessário fundamentar a passagem da norma diretiva e programática da Constituição para a implementações de pontos de ação do Estado específicos e taxativos com a utilização de políticas públicas com paradigma nos direitos humanos fundamentais.

Os polos de observação entre as necessidades e a efetivação são antagônicos entre si. Como visto anteriormente, o direito à saúde é condicionado à fatores indetermináveis. Dessa maneira, a tentativa de identificar pontualmente as necessidades específicas que o direito à saúde demanda, será possível concluir pela infinidade de recursos necessários para o atendimento desse direito.

É justamente no ponto de vista dos recursos que está o antagonismo com os fatores condicionantes do direito à saúde. Isso porque esses são escassos e limitados, diferentemente da demanda. Em termos práticos, seria impossível implementar todos os recursos imagináveis para suprir a demanda dos fatores necessários à prestação do serviço de saúde pública estatal.

As políticas públicas de direitos humanos, como visto, são decididas juntamente com a sociedade civil, através do empoderamento do sujeito, de modo a priorizar as pautas de implementação de recursos para a efetivação do direito à saúde. Essa priorização das medidas essenciais e necessárias, torna objetiva e taxativa a responsabilidade do Estado na prestação de seu dever, e torna possível a implementação da norma diretiva constitucional, de forma democrática e satisfatória.

Tendo em vista a saturação de demandas por parte do que é essencial à prestação do direito à saúde, e escassez de recursos para a efetivação desse direito, defende-se a ideia de três fatores essenciais para a composição daquilo que é conhecido como contexto necessário do direito à saúde.

Para Motta Ferraz e Sulpino Vireira (2009, p. 238) é necessário seguir três passos: inicialmente, (i) “deve-se compreender que a saúde não se resume à mera ausência de doença, mas se trata de um conceito multidimensional que engloba determinantes de natureza ambiental, social, econômica e cultural importantes”. Posteriormente, entende-se que essa multidimensionalidade do conceito de saúde “implica necessariamente complexidades na elaboração e na implementação das medidas que visam à sua proteção, promoção e recuperação, isto é, na chamada política de saúde, ou, mais propriamente, nas chamadas políticas de saúde”. E por último, deve-se lembrar que “as necessidades de saúde da população vão sempre muito além dos recursos disponíveis para atendê-las, obrigando-nos a realizar escolhas difíceis sobre como e onde aplicar esses recursos”.

1.3 Empoderamento pela equidade e efetivação do direito à saúde

Quando a Constituição determina que o Estado deve adotar políticas sociais e econômicas e ações e serviços de saúde de "acesso universal e igualitário", significa dizer quer os serviços e as ações de saúde promovidos por ele devem ser acessíveis a todos os cidadãos, natos ou naturalizados, incluindo-se os estrangeiros residentes no país em condições de igualdade.

Os ideais da modernidade baseados nos princípios disseminados após a Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX) de que a seguridade é um direito de todos, independentemente da sua contribuição com o mercado de capitais ou com a previdência social, que passou a ser direito de todos indiscriminadamente (BAUMAN, 2012), foram adotados pelo Sistema Único de Saúde. A cidadania não é tão somente o elemento norteador da política de saúde, mas também o único necessário para fazer do Estado brasileiro um devedor na prestação desse serviço.

O direito à saúde, bem como a seguridade social, extremamente essencial, como direito incondicional com relação a pessoa merecedora dele trouxa a concepção da universalidade desse direito. E é nesse sentido que o empoderamento do sujeito é essencial para que a saúde seja garantida. Dworkin (2000) explica com precisão que não como se garantir universalidade a um direito se não for garantida a igualdade entre os sujeitos. O raciocínio é claro na medida em que se não houver o reconhecimento de que todos são iguais, haverá restrições com relação a efetivação desse direito, e o mesmo não alcançará o seu ideal de universalidade.

Ao dissertar sobre a ideia de justiça, Amartya Sen (2011) chega à conclusão de que essa ideia é impassível de conceituação e definição. Não há, portanto, argumento lógico e racional que consiga exprimir todos os aspectos essenciais para que se passe com a maior precisão possível a ideia de justiça. Dessa maneira, empreende-se menos esforços e maior efetividade as ações que, de modo contrário, buscam identificar e enfrentar as diferentes causas e formas de injustiça.

Esse mesmo raciocínio deve ser empregado na garantia de universalidade do direito à saúde e na ideia de igualdade daqueles que são merecedores da prestação desse direito por parte do Estado. A universalidade e a igualdade são princípios abstratos e difícil conceituação no plano prático, mas fica evidente, diante do caso concreto, a inadmissibilidade da negação de uma prestação de serviço de saúde a uma pessoa com o fundamento em sua cor, etnia,

religião ou orientação sexual. Sendo assim, os recursos para a prestação do direito a saúde são melhor empregados quando ao invés de se tentar atingir a universalização pela igualdade, tenta-se atingir a universalização evitando a desigualdade.

Ocorre que, de acordo com Motta Ferraz e Sulpino Vireira (2009) o Poder Judiciário ainda encara a saúde como um conceito unidimensional, aquele de mera ausência de doença. Então, as políticas públicas de saúde acabam reduzidas a um único aspecto: o atendimento médico. O fato de os Tribunais ignorarem os três contextos apresentados como necessários à correta interpretação do direito à saúde, reduz a responsabilização do Estado em casos concretos. Diante disso, o Estado se vê em uma posição confortável em que pouco de indeniza no caso concreto, e a necessidade de se implementar políticas públicas nos moldes aqui apresentados se camufla na falsa percepção de que se faz o que se é possível no âmbito de atuação individual – quando deveria ser harmônica e conjunta – de cada um dos Poderes.

2 PROPOSTA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Como reflexo da Audiência Pública n. 4 junto ao Supremo Tribunal Federal, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça editou, em 30 de março de 2010, a Recomendação n. 31, que: "Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde" (VALLE e CAMARGO, 2011, p. 13).

Por meio desse ato, o Presidente do CNJ indicou, aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, que orientassem, por meio de suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

> (i) procurassem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; (ii) evitassem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; (iii) ouvissem, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; (iv) verificassem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; (v) determinassem, no momento da concessão de medida abrangida por

> política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas (VALLE E CAMARGO, 2011, p. 12).

Ainda se valendo do ato em tela, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, que:

> 1) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais; 2) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução n. 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça; 3) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia — UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia — CACON (Resolução n ° 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça).

Por fim, o Presidente do CNJ, por meio do ato em questão, recomendou, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais, que "incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados" e que; promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria (VALLE e CAMARGO, 2011, p. 26-27).

3 A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA COMO RESPOSTA POSSÍVEL AO PROBLEMA DO DIREITO À SAÚDE

Para Rawls, a justiça distributiva consiste em encontrar a solução ao problema apresentado que traga mais contentamento, independentemente de ser o desfecho mais igualitário, deixando de lado o utilitarismo clássico. Pois, embora o utilitarismo pareça a princípio ser mais isonômico, a justiça distributiva vislumbra o valor intrínseco da igualdade,

diferente de apenas contentar-se com o valor instrumental, proporcionado pelo utilitarismo (RAWLS, 1993).

Logo, será buscada uma distribuição de bens sociais igualitária, na visão da justiça distributiva, quando ao final se conseguir beneficiar aqueles que mais precisam, ainda que isso represente, à primeira vista, uma desigualdade, desde que os bens sociais, - sejam eles liberdades, riquezas, valores sociais - sempre que, ao final, os beneficiários sejam os menos favorecidos.

Ainda é necessário compreender que na justiça distributiva de John Rawls (1993) nem sempre a igualdade consistirá em exterminar todas as desigualdades, mas serão eliminadas somente aquelas diferenças que trouxerem desvantagens para alguém. De modo que considerando os interesses de forma igual é possível que permaneça alguma desigualdade, que sob essa ótica não será negativa.

Por esse raciocínio, estariam proibidas somente aquelas desigualdades que mitigassem os bens sociais primários para alguma das partes. De modo que, já se exterminam em primeira análise aqueles sacrifícios de direitos básicos aos menos favorecidos. Apesar de já ser algo bastante positivo ainda não é suficiente para uma teoria de justiça, visto que poderá ocasionar conflitos na distribuição entre os bens sociais, sendo essa uma das principais críticas à teoria de Rawls.

Nesse sentido, Rawls (1993) apresenta três princípios que pretendem nortear a solução desses conflitos, quais sejam: o princípio da liberdade igual, que determina ser dever da sociedade proporcionar liberdade em grau máximo para todos, sendo essa liberdade possível de alcançar a todos igualmente; o princípio da diferença, que preza por uma igualdade de riquezas, possibilitando a desigualdade que beneficie aos menos favorecidos; e o princípio da oportunidade justa, que se refere a estar toda desigualdade econômica e social relacionada a formas de acesso justas e isonômicas.

A concepção de justiça desenvolvida por John Rawls ainda necessita de uma ordem entre os princípios, pois somente a utilização de tais conceitos ainda não seria suficiente para encontrar solução para todos as situações que podem surgir. De modo que se estabeleceu uma prioridade entre tais questões, sendo o princípio da igualdade prevalecente entre os dois outros, e o da oportunidade justa considerado em primeiro lugar em relação ao princípio da diferença (RAWLS, 1993).

Dessa forma, é possível afirmar que Rawls é um liberal, tendo em vista que todas as liberdades, como a liberdade religiosa e de expressão, estarão postas de forma superior, sendo prioritárias em relação a situações econômicas, por exemplo.

Outra questão valiosa na concepção de justiça desenvolvida pelo autor é a de que no atendimento a cada um dos princípios deve ser mantida uma distribuição justa, em que havendo uma liberdade desigual, mas em contraponto, havendo benefício para os menos favorecidos, encontrar-se-á a justiça.

Importante salientar que para Rawls (1993), as liberdades básicas são aquelas conhecidas como direitos civis nas democracias liberais: liberdade de expressão, direito à justiça e mobilidade, direito e voto e elegibilidade. Sendo que em seguida à solução dessas questões deve se preocupar com a distribuição justa econômica, pois entre as questões da sociedade liberal, este é um problema com que tais sociedades sempre esbarram, sendo o problema da justiça distributiva.

As ações afirmativas são imprescindíveis, portanto, para Rawls, pois somente assim será possível reduzir as desigualdades, adotando o modelo desenhado por ele e atendendo aos seus dois pressupostos, de igualdade de oportunidades e de benefícios distribuídos para os menos favorecidos, os *worst off*, mesmo que à primeira vista pareça causar um desfavorecimento aos *better off,* que se encontram naturalmente em posição mais vantajosa, seja por nascimento, dom ou herança.

No seu trabalho, John Rawls parte da fase pré-contrato social, pois é quando se iniciam as escolhas dos princípios e normas jurídico-políticas da sociedade, que devem estar à parte dos interesses individuais, desconsiderando qualquer conceito de classe social, visto que ainda não são existentes. Nesse contexto, o senso de justiça inerente a cada um poderá aflorar e nortear as decisões do formato da sociedade, livres mesmo de divisões religiosas ou étnicas.

Desprovidos da noção de classes, etnias e religiões, as pessoas terão que agir preocupadas em manter o respeito umas com as outras, para que não surjam grupos perseguidos ou retaliados. Para tal precaução Rawls desenhou dois princípios fundamentais, que determinam que as liberdades sejam amplas no máximo possível para todos e idêntica a todos; e que haja distribuição de benefícios para os que mais precisam e as oportunidades sejam amplas e iguais, voltando para o que já foi debatido sobre a teoria do autor (RAWLS, 2003).

> Se as teorias morais apresentam a noção do que deva ser considerado bom ou valioso para o convívio social, e se aparentemente existe em todas elas uma concordância de que se deva fazer uma justa distribuição dos bens, vantagens e desvantagens, obrigações e deveres, cargos e funções sociais, então a realidade nos mostra uma discordância expressiva de como se deva proceder para se alcançar a justa distribuição de recursos (FORTES, 2004, p. 51).

Os valores morais que são, por sua própria natureza, plurais, ocasionam a necessidade de haver um conceito de justiça que legitime as políticas sociais e econômicas nas sociedades atuais, no entanto, há um consenso quanto a inexistência de uma única forma para se alcançar o bem-estar social.

Quando se observam os princípios vinculados a moral e suas diversas possibilidades de interpretação, é possível chegar a uma justiça pelo poder público. De forma que teorias que valorizam a liberdade humana para tomar suas próprias decisões, sem deixar de observar a necessária igualdade em todas as suas interpretações, permitem a intervenção estatal positiva, para equilibrar as desigualdades que não decorram de tais escolhas, mas advenham de fatores biológicos ou sociais (BEAUCHAMP & CHILDRESS, 2002; FORTES, 2004; PESSINI & BARHIFONTAINE, 1997).

Portanto, pelo modelo de justiça encontrado na teoria de John Rawls, que se baseia na igualdade equitativa, nas oportunidades justas e, principalmente, na liberdade individual, as políticas públicas podem ser repensadas e finalmente possibilitarão que aqueles *worst off*, mencionados por Rawls (2003), tenham seus direitos assegurados, mediante ações afirmativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo que fora exposto, conclui-se objetivamente que os debates realizados na Audiência Pública (Resolução n° 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça) foram imensamente satisfatórios, possibilitando-se notar sua influência na jurisprudência do STF e nos atos do CNJ.

Contudo, há muitos fatores a serem melhor trabalhados pela jurisprudência, mas é possível afirmar que já se solidifica um certo consenso, como a existência de direito subjetivo plenamente exigível quando se está a tratar de medicamento ou procedimento específicos; a impossibilidade de se exigir pela via judicialdefinidos medicamentos ou procedimentos, quando o sistema público disponibilizar produtos semelhantes, menos dispendiosos e de eficácia equivalente; e a importância das medidas preventivas na área da saúde, para que haja respeito à dignidade dos cidadãos e até mesmo economia de recursos, bem como a importância da comunicação entre os órgãos públicos, a fim de possibilitar a resolução dos problemas na esfera administrativa.

Os temas de maiores discussões, como, a responsabilidade dos entes federativos, e a existência ou não de direito ao fornecimento de medicamentos ou procedimentos específicos, incluindo os de alto custo, já estão sendo tratados de forma mais pacífica pelos julgados dos tribunais superiores. Esse dado é essencial para a segurança jurídica e para que o Sistema único de Saúde continue estável diante das discórdias jurisprudenciais de antes. Soma-se a isso a constatação de que a judicialização da saúde está presente na resposta estatal brasileira, porém, diversos são os caminhos restantes para que o direito fundamental à saúde ainda seja plenamente efetivado pelos três Poderes constituídos.

A justiça distributiva de John Rawls, neste ponto, demonstra ser um bom norte para que se alcance mais igualdade e um atendimento pelas políticas públicas, daqueles que realmente necessitem, sopesando as questões econômicas e sociais todas que envolvem a temática, ainda que partindo de uma teoria liberalista, mas que privilegia a sustentação de uma igualdade com seus devidos valores axiológicos mantidos.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Capitalismo parasitário:** e outros temas contemporâneos. Trad.: Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade.** Trad.: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BEAUCHAMP, T. L. & CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica.** Trad.: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 15/10/2015.

_____. **Resolução 75/09 do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/informacoes/informacoes.php?informacoes=139&tipo=resolucaocnj. Acesso em: 15/10/2015.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre o princípio ético da justiça distributiva aplicado aos sistemas de saúde. In: **Bioética e Saúde Pública.** Orgs.: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho e ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Trad.: Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

PESSINI, L. & BARCHIFONTAINE, C. P. **Problemas atuais de bioética.** 4 ed. São Paulo: EDUNISC/Loyola, 1997.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.**Trad.: Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editora Presença, 1993

_____. **Justiça como Equidade:** uma reformulação. Trad.: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SEN; Amartya. **A ideia de justiça.** Trad.: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; e CAMARGO, João Marcos Pires. **A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 11, n. 3, p-13-31, 2011.

VÁZQUEZ, D.; DELAPLACE, D. **Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção.** SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 8, n. 14, junho 2011.