XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON GARCIA DA COSTA

JUVÊNCIO BORGES SILVA

CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

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

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. 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

D598
Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Clilton Guimarães dos Santos, Ilton Garcia Da Costa, Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-184-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O convite para juntos coordenarmos o Grupo de Trabalho, muito nos honrou, especialmente considerando o momento que o Pais atravessa, ainda mais, por ser este evento em Brasília, o centro do poder da União e num momento politico de certa forma conturbada.

As desigualdades presentes no Brasil, apontam para o necessário caminho da redução destas distancias entre os extremos, em especial com a melhoria de condições sociais dos menos favorecidos para que a sociedade como um todo consiga seguir os ditames expresso na Constituição Federal. Esta é uma luta que não se acaba, na verdade deve ser uma constante na vida de cada um e da sociedade como um todo.

O grupo de trabalho teve brilhantes apresentações, todas em consonância com à temática central do evento, cada artigo ao ser apresentado despertava nos demais pesquisadores a vontade de ali mesmo aprofundar ainda mais as discussões sobre o que artigo aborda, no entanto o tempo não permitia alongamentos naquele momento. Isto gerou sinergia entre o grupo e possibilitou que pesquisadores do Brasil inteiro se atualizassem com o que os outros pesquisadores estão trabalhando.

Desta forma, para estruturar e facilitar a leitura, ordenamos aos trabalhos em três grandes eixos conforme abaixo.

No inicio concentramos principalmente os temas ligados a politica da saúde, são os trabalhos seguintes: O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO MERCOSUL, A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS DECORRENTES DO EXCESSIVO ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL, UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FUNDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988., JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O INDIVIDUAL VS. O COLETIVO,PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A PERSECUÇÃO DO DESENVOVILMENTO NACIONAL EM TEMPOS DE CRISE e por fim neste bloco o artigo A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESTE MISTER.

Na parte central concentramos os artigos: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA DO BRASIL, NOVOS MODELOS DE AUTONOMIA E DESCENTRALIZAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. VULNERABILIDADE SOCIAL X DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PARA SOCIOEDUCANDOS EM CONFLITO COM A LEI PENAL, A INVISIBILIDADE DA PESSOA NEGRA NA PÓS-GRADUAÇÃO BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CRÍTICA DE AXEL HONNETH, POLÍTICAS CULTURAIS: A AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A MINIMIZAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL. e por ultimo o artigo SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEI DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS.

Já no terceiro e ultimo bloco temos: OS DIREITOS SOCIAIS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA EM PERSPECTIVA COMPARADA (UNIÃO EUROPEIA-BRASIL), O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS SOCIAIS VOLTADAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM FATOR LIMITADOR DA COGNIÇÃO JUDICIAL?, O POLICY CYCLE PARA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, A ATUALIDADE DA TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL: EFETIVIDADE DA CIDADANIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL, A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, A POLÍTICA INTERSETORIAL DE ATENDIMENTO INTEGRAL À INFÂNCIA EM DUQUE DE CAXIAS/RJ, POLÍTICAS PÚBLICAS: COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGINIDADE HUMANA e finalmente o artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: FENÔMENO QUE CONCRETIZA O DIREITO HUMANO SOCIAL À PRESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Temos a certeza que todos os artigos permitem leitura agradável porem profunda sobre os assuntos tratados no decorrer de cada texto.

Convidamos a todos os estudiosos dos temas abordados a leitura, pois é nossa percepção que contribuirá para o debates, em especial no viés dos Direitos Sociais.

Os Coordenadores

Ilton Garcia da Costa – Prof. Dr. – UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Juvêncio Borges Silva – Prof. Dr. – Universidade de Ribeirão Preto

Clilton Guimarães do Santos – Prof. Dr. – Centro Universitário FIEO

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O INDIVIDUAL VS. O COLETIVO

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: THE INDIVIDUAL V THE COLLECTIVE

Artur Amaral Gomes [1]

Resumo

A efetivação dos direitos sociais no Brasil é uma problemática que coloca em risco todo o projeto constitucional que tem como fim o bem comum de toda a sociedade brasileira. A judicialização do direito à saúde tem como principais efeitos negativos a violação da separação de poderes e o fortalecimento de uma desigualdade social que beneficia somente aqueles que movimentam o Judiciário. A partir do manejo do método de pesquisa bibliográfico, o presente artigo pretende avaliar os principais contornos do fenômeno em destaque, com ênfase no conflito entre os interesses individuais e o interesse da coletividade.

Palavras-chave: Direitos sociais, Direito à saúde, Judicialização

Abstract/Resumen/Résumé

The effectiveness of social rights in Brazil is a problem that endangers the whole constitutional project which aims at the common good of the entire Brazilian society. The judicialization of the right to health has as primarily negative effects the violation of the separation of powers and the strengthening of social inequality that benefits only those who move the Judiciary. From the handling of the bibliographic research method, this article aims to review the main highlights of the phenomenon, with emphasis in the conflict between individual interests and the interest of the community.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Right to health, Judicialization

[1] Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas – FAPEAM.

INTRODUÇÃO

Em um determinado seriado de televisão norte-americano, um grupo de pessoas tenta sobreviver em uma Terra destruída por um apocalipse zumbi. Uma espécie de vírus se espalhou pelo planeta, trazendo os mortos de volta à vida, mas em um estado que só pode ser comparado ao de um zumbi, sendo que o único objetivo de tais "mortos-vivos" é se alimentar da carne humana daqueles que ainda estão vivos. Em dado momento da sua trajetória por sobrevivência, alguns integrantes do grupo contraem uma espécie de vírus que os deixa debilitados, sem força e febris. Sem recursos sanitários, com poucas fontes de alimentação, com condições de moradia precária e sem médicos ou medicamentos, o grupo passa a cuidar dessas pessoas doentes, mesmo sem saber que doença nova é essa. Mais à frente, preocupada com o destino do resto saudável do grupo, com medo de que os doentes transmitissem tal doença para os demais, uma personagem os sacrifica pelo bem do restante do grupo, ação que realiza sozinha, sem consultar os demais. Observe que esses novos doentes poderiam facilmente transmitir a doença ou até mesmo, após a sua morte e passagem para o estado zumbi, se alimentar dos integrantes saudáveis. A personagem que os sacrificou fez o que achou ser o mais certo para o bem coletivo. Para ela, a sobrevivência de muitos justificaria a morte de apenas alguns.

O pequeno relato da situação do seriado transcrito acima tem como objetivo demonstrar como são cheios de nuance os conflitos que podem existir entre interesses individuais e interesses coletivos, ainda mais quando os primeiros podem anular os segundos, ou vice-versa, situação que tem se tornado comum na realidade social e jurisdicional brasileira. É cada vez maior o número de ações judiciais individuais que têm como pleito alguma prestação estatal ligada ao direito à saúde, sempre utilizando como fundamento o direito à vida, o princípio da dignidade humana, da integralidade e da universalidade da saúde. Ocorre que o deferimento de tais pleitos individuais afeta o atendimento da coletividade, uma vez que toda prestação material possui um custo, ainda mais as de cunho social e aquelas voltadas para a manutenção da vida.

O fenômeno da judicialização da saúde já faz parte do cotidiano brasileiro, gerando conflitos entre agentes do Poder Público e discussões acerca da legitimidade e necessidade de tal comportamento jurisdicional. A fim de compreender o principal embate da problemática aqui evidenciada, que seria o atendimento de interesses individuais em detrimento dos interesses da coletividade, é necessário realizar uma análise das principais dimensões e características que podem ser conferidas aos direitos sociais brasileiros previstos na

Constituição Federal de 1988, destacando o seu aspecto financeiro e seus instrumentos de garantia de efetividade. Após, uma análise minuciosa do direito à saúde e de suas principais diretrizes é imprescindível, assim como uma análise da sua natureza prestacional, com ênfase nos limites de tal dimensão e seus titulares.

Por último, os principais aspectos do fenômeno da judicialização do direito à saúde serão abordados, desde os impactos orçamentários causados pelas decisões judiciais individualizadas, passando pela quebra do planejamento de políticas públicas, até alcançar os principais efeitos do fenômeno, entre eles a maneira como o Poder Judiciário escolhe deixar de lado a realidade social e financeira do país para atender demandas individuais que buscam medidas que nem sempre asseguram o sucesso do direito à saúde, olvidando o aspecto coletivo do direito e causando uma tensão indesejada entre os Poderes.

A título de curiosidade: após ser descoberta, a personagem que sacrificou os doentes é expulsa do grupo, sendo obrigada a tentar sobreviver sozinha. Agora, imagine se tal personagem não tivesse feito tal sacrifício e o grupo permanecesse por um bom tempo sofrendo para conseguir cuidar de alguma forma dos doentes, cuidados que, possivelmente, não alcançariam sucesso. Não é difícil imaginar que em determinado momento tais doentes viessem a morrer e, sem que os demais percebessem, passassem a se alimentar daqueles que dedicaram tanto cuidado e carinho a eles. A defesa do individual acima do coletivo, nessa hipótese, teria um final trágico, mas essa é uma hipótese bastante negativa, se bem que, se retirado o vírus zumbi da questão, a realidade da saúde brasileira não fica muito distante.

1 DIREITOS SOCIAIS: EFETIVIDADE E CUSTOS

A Constituição Federal de 1988 representou um enorme avanço para o ramo dos direitos sociais brasileiros, avanço que pode ser observado a partir da quantidade de efeitos gerados pelo artigo 6º do texto constitucional e demais dispositivos conexos. Além da constitucionalização indubitável de muitos direitos sociais, também foi conferido o caráter fundamental a tais direitos, contudo, segundo Herberth Costa Figueiredo (2015, p. 37), a simples consagração no texto constitucional não é o suficiente para a realização dos direitos fundamentais sociais, conclusão que pode ser extraída dos indicadores sociais que refletem as condições de vida do povo brasileiro.

Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 26) destaca que “os direitos sociais envolvem um aspecto político inquestionável, relacionado às funções e deveres do Estado, à definição de formas da organização social e às concepções sobre vida boa”. No mesmo sentido, Eurico

Bitencourt Neto (2010, p. 77) aponta que a consagração constitucional dos direitos sociais impõe ao Estado um dever de bem-estar, uma vez que são direitos fundamentais e universais, indo muito além da simples batalha pelo fim da miséria, objetivo que pode ser extraído diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Bitencourt Neto (2010, p. 53) também afirma que os direitos fundamentais sociais, enquanto direitos a prestações materiais estatais, precisam ser avaliados sempre a partir de duas perspectivas: a) como direitos fundamentais, logo, de alta força normativa; e b) como dependentes de condições fáticas (recursos materiais) e jurídicas (meios de realização ligados ao regime jurídico brasileiro).

Em outro giro, Carlos Alexandre Amorim Leite (2014, p. 67) ressalta que as normas de direitos fundamentais sociais garantem posições subjetivas e objetivas, sendo que o objeto de cada direito social específico pode ser restringido por "reservas" ou por outros direitos contrapostos em um caso concreto. Quanto à posição subjetiva, entende-se, portanto, que um direito social pode ser pleiteado judicialmente, em uma demanda individual, o que não garante o sucesso do pedido, uma vez que condições da realidade podem frear o pleito. Leite (2014, p. 58) ainda destaca três vertentes de conexão onde a dimensão objetiva age sobre a dimensão subjetiva dos direitos sociais, são elas: a) como competência negativa do Poder Público, a fim de evitar o fracasso da posição subjetiva; b) como auxílio interpretativo quando da proteção dos valores sociais; e c) como direito de eficácia dirigente, ou seja, como lembrança do dever estatal de zelar pela efetivação dos direitos sociais em benefício das pessoas em escala coletiva e individual.

No tocante às prestações devidas pelo Estado, Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 70) assevera que estas podem variar de acordo com o que cada cidadão necessita, ou seja, o Estado precisa dispor de recursos variáveis para assegurar a efetividade dos direitos sociais em razão das necessidades individuais, diferentemente dos recursos necessários para garantir, por exemplo, direitos de liberdade, uma vez que os recursos destes podem ser dispostos de forma determinada. Com esse pensamento, também fica claro que algumas necessidades serão maiores, ou mais caras, que outras, logo, o Estado deverá adotar critérios distributivos para os recursos flutuantes que serão destinados aos direitos sociais.

Os direitos sociais ainda têm como principal faceta a de direitos a prestações em sentido estrito, sobre esta, Robert Alexy (2015, p. 499) esclarece tratar-se de um direito que tem como objeto algo que um indivíduo, sozinho, caso possuísse recursos suficientes, seria capaz de concretizar no âmbito particular, o que é exatamente o caso dos direitos fundamentais sociais, motivo pelo qual a sua dimensão de direito a prestações em sentido estrito é sempre a mais lembrada e exaltada, em conjunto, é claro, com a sua dimensão

subjetiva, fato que, segundo Cristina Queiroz (2010, p. 214), se dá pela sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana em sua dimensão individual e personalíssima.

No entanto, em posição contrária, Álvaro Severo e Faustino da Rosa Júnior (2007, p. 88) defendem a inaplicabilidade da teoria do direito subjetivo aos direitos sociais, uma vez que estes possuem natureza não compatível com tal teoria, natureza de direito que tem como titulares todos os integrantes da comunidade, não sendo possível o estabelecimento de uma relação de credor e devedor, relação que seria essencial, segundo os autores, para a teoria do direito subjetivo.

Ainda sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, Leite (2014, p. 83) destaca o "modelo dos mínimos" como o melhor mecanismo de garantia de tais direitos, enquanto prestacionais, uma vez que tal modelo cuida da menor medida de cada direito a ser realizada na busca pela satisfação social do homem, levando em consideração os efeitos das "reservas" estatais, a escassez de recursos e as difíceis escolhas entre as opções sociais mais relevantes e racionais para a coletividade. Percebe-se, portanto, nas palavras de Robert Alexy (2015, p. 512), que "mesmos os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros". Com esse pensamento, o autor evidencia a problemática da distribuição de recursos já escassos para se assegurar um direito que pode ser encarado coletiva e individualmente. Marcelo Novelino (2012, p. 630) explica: "o 'custo' especialmente oneroso dos direitos sociais aliado à escassez dos recursos orçamentários impedem a sua realização em grau máximo ou, às vezes, até em um grau satisfatório". Fica claro, portanto, que o sucesso da efetivação dos direitos sociais ainda é um objetivo a ser alcançado pelo Estado.

Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 574) denota que o custo das prestações materiais sociais possui uma importância crescente na análise da efetividade dos direitos sociais, deixando clara a dependência que existe entre esta e a conjuntura econômica do país, o que gera debates que questionam desde as decisões de alocações orçamentárias do Poder Público até a legitimidade do Judiciário para impor ao Estado a satisfação de reclamações individuais sem analisar satisfatoriamente a disponibilidade de recursos materiais. Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 241) também salienta que o exercício dos direitos sociais é naturalmente mais oneroso, pois sempre clamam por um "algo a mais", ou seja, a sua dimensão individual, a sua alocação de recursos específicos para as necessidades de cada cidadão.

Quanto às reservas que se aplicam aos direitos sociais, Pivetta (2014, p. 70) esclarece que, de forma ampla, todos os direitos fundamentais estão sujeitos a uma reserva de ponderação que autoriza a sua restrição no caso de conflito com outros direitos. Esta

possibilidade de restrição, segundo Pivetta (2014, p. 71), é legítima em razão da comum natureza principiológica de tais direitos, ficando a cargo do legislador, do administrador e do magistrado realizar a identificação do conteúdo específico de cada direito. E, mais especificamente, quanto às dimensões de proteção e promoção, Pivetta (2014, p. 72) afirma: "nestes casos, além da reserva geral imanente de ponderação, incidem a reserva do politicamente adequado ou oportuno e a reserva do financeiramente possível".

Por último, acerca do caráter mandamental do texto constitucional, Pivetta (2014, p. 97) assinala que o administrador público, por estar submetido à Carta Maior, não possui margem de escolha para decidir entre realizar ou não o comando constitucional, trata-se da eficácia objetiva dos direitos fundamentais. E, sobre os instrumentos para a realização dos comandos constitucionais, Pivetta (2014, p. 112) destaca os de caráter orçamentário, asseverando que estes "apontam para a determinação constitucional de que a Administração Púbica não apenas estabeleça prioridades e metas a serem alcançadas, mas também que sejam assegurados os recursos financeiros que lhes amparem". Nos termos de Leonardo de Farias Duarte (2011, p. 231), a óbvia conclusão de que todo direito possui um custo sugere que "a efetivação dos direitos fundamentais sociais é, em última análise, uma questão de escolha quanto à destinação dos escassos recursos públicos disponíveis".

Observa-se, portanto, que a problemática dos direitos fundamentais sociais possui como base as suas dimensões objetiva, subjetiva e de direito a prestações estatais em sentido estrito, sem esquecer o alto custo de tais prestações e da necessidade do manejo correto e legítimo dos instrumentos orçamentários pelo Poder Público. E, quanto ao sucesso da efetividade e da forma como esta pode ser alcançada, com a ajuda do Judiciário, para o bem ou para o mal, Sarlet (2013, p. 592) enaltece que os direitos sociais não são absolutos, devendo ser submetidos a um sistema de limites, sistema do qual fazem parte as variadas reservas estatais e critérios como o da proporcionalidade e razoabilidade.

2 DIREITO À SAÚDE: DIMENSÕES E INTERPRETAÇÕES

Evidenciados os principais aspectos dos direitos fundamentais sociais quando avaliados a partir da perspectiva da sua efetividade, cabe agora uma análise pormenorizada do direito à saúde e da forma como este é encarado pela doutrina, principalmente no que diz respeito às suas dimensões, limites e princípios inerentes. O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 dispõe: "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 ouros agravos e ao

acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". A partir do texto deste dispositivo algumas dimensões e interpretações do direito à saúde podem ser identificadas, destacando-se a sua íntima ligação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, princípio presente no artigo 1º da Carta Maior.

Pivetta (2014, p. 43) chama atenção para a forma como o direito à saúde, na forma como se faz presente no texto constitucional, consolida sua posição jusfundamental a partir das possibilidades de se manifestar como um direito de defesa ou como um direito prestacional. Como direito de defesa, Pivetta (2014, p. 43) explica que "o direito à saúde impõe que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir indevidamente no âmbito de liberdade pessoal relacionada à saúde do indivíduo". Como direito prestacional, Pivetta (2014, p. 44) destaca o dever estatal de adotar condutas positivas, fática e normativamente, isto é, adotar medidas protetivas concretas, como a instituição de procedimentos e organizações, e editando normas que tenham a saúde como objetivo final.

Ainda analisando o texto constitucional, Leite (2014, p. 113) enaltece que o direito à saúde no Brasil "possui uma maior densificação constitucional porque há um conjunto de diretrizes e objetivos estatuídos constitucionalmente, além da declaração de que é um direito fundamental social". Pivetta (2014, p. 84) afirma que do texto constitucional, mais especificamente dos artigos 196 e 198, inciso II, é possível extrair os vetores gerais do direito à saúde quanto à sua dimensão positiva, ou seja, quanto às prestações preventivas e promocionais resultantes de tal direito, tendo como base a noção de atendimento integral.

No entanto, Pivetta (2014, p. 85) também critica o texto da Carta Maior ao concluir que o direito à saúde pode ser visto como indeterminado, uma vez que a Constituição não tem como especificar os conteúdos das prestações que demanda, deixando tal especificidade a cargo da reserva do politicamente oportuno ou adequado. Sobre tal conclusão, Pivetta (2014, p. 97) complementa: "isso não significa, contudo, que o administrador goza de ampla liberdade para escolher quais condutas serão adotadas na realidade concreta". O próprio texto constitucional restringe a liberdade do administrador público, colocando linhas gerais para a formulação de políticas públicas e abrindo espaço para a complementação do seu texto.

Destacando agora o caráter fundamental do direito à saúde, Figueiredo (2015, p. 72) enaltece a lógica de que tal direito deve sempre ser encarado como condição ou consequência constitucional inerente ao direito à vida. A saúde ocupa lugar de destaque nos conceitos de vida digna, de ordem social justa e de cidadania, sendo que desta última compõe verdadeiro e indispensável elemento, passando a significar, no entendimento de Figueiredo (2015, p. 73), "a realização democrática de uma sociedade compartilhada por todas as pessoas ao ponto de

garantir-lhes o acesso às ações e serviços de saúde que possam garantir condições de sobrevivência digna, tendo como valor supremo a plenitude de vida".

Nesta esteira, Heletícia Leão de Oliveira (2015, p. 45) afirma que o direito à saúde é um direito fundamental social tanto sob o aspecto formal como material, ou seja, possui a qualidade de direito subjetivo e condição de cláusula pétrea, não podendo, portanto, ser sempre tratado de forma genérica. Figueiredo (2015, p. 56) segue este mesmo pensamento, notando que a fundamentalidade formal do direito advém da sua expressão como parte integrante da Carta Maior, ou seja, é uma norma de superior hierarquia, e que a sua fundamentalidade material transparece no seu papel de relevante bem jurídico para o alcance da vida digna do homem. No entanto, Pivetta (2014, p. 44) salienta que o reconhecimento formal do direito à saúde como fundamental não é o suficiente para a sua efetividade, uma vez que esta depende de uma organização com estrutura adequada e eficaz.

Tratando sobre um suposto mais alto nível de saúde, Edith Ramos (2014, p. 62) ressalta que tal concepção deve considerar as condições biológicas e socioeconômicas de cada pessoa, assim como as possibilidades dos recursos estatais. Somados estes pressupostos, verifica-se que um Estado não tem como garantir absolutamente a boa saúde, uma vez que não tem como afastar todas as causas possíveis de doença. Com esse pensamento, cabe então destacar a dimensão do direito à saúde enquanto direito a prestações em sentido estrito, direito que, segundo Pivetta (2014, p. 45), caracteriza-se pelas atuações positivas do Estado, atuações fáticas voltadas para assegurar que o cidadão tenha acesso aos serviços de saúde, atuações que constituem verdadeiros deveres estatais, como a construção de hospitais, a manutenção do atendimento em postos de saúde, o fornecimento de medicamentos, entre muitas outras.

Ainda sobre as prestações materiais relativas a qualquer direito social, Pivetta (2014, p. 221) as vê como complexas, pois "se em um dos polos está o direito social afetado (ou não realizado em toda a sua plenitude), no outro estará não apenas o peso de vários outros bens ou direitos que eventualmente justificam a omissão (que causa eventual lesão ao direito)", ou seja, a decisão sobre qual prestação será concretizada afeta toda a coletividade, sendo que as ações justificam as omissões e estas também justificam aquelas.

Sobre a efetivação do direito à saúde a partir de prestações materiais, Sarlet (2013, p. 1935) salienta a necessidade de se encontrar uma solução para a delimitação do conteúdo das prestações, problema que existe em razão da ausência de uma previsão constitucional mais específica, destacando-se a referência ao imperativo de "integralidade". Sobre a integralidade do direito à saúde, Pivetta (2014, p. 148) esclarece não se tratar do fornecimento de todos os bens e serviços ligados ao direito à saúde, isto é, o Estado não é obrigado a arcar com toda e

qualquer demanda do indivíduo, pois as prestações estão sujeitas às reservas de ponderação, de recursos e do politicamente oportuno e adequado. Além das reservas, Edith Ramos (2014, p. 229) ressalta a dificuldade que o Estado tem para acompanhar os avanços da medicina e do desenvolvimento tecnológico na área da saúde, avanços que possuem custos elevados.

Verifica-se, portanto, que o direito à saúde está submetido a muitos fatores que são imprevisíveis e indeterminados, como os avanços tecnológicos e epidemias que demandam uma atuação imediata estatal. Pivetta (2014, p. 58) entende que esta imprevisibilidade foi levada em consideração pelo legislador constituinte ao não tornar muito denso o direito à saúde, conferindo a ele uma natureza principiológica que possibilita a sua adequação às peculiaridades de situações futuras e específicas. Figueiredo (2015, p. 231) chama atenção para este viés programático incontestável do direito à saúde, apontando que seu objeto estará sempre em uma constante evolução, o que requer uma constante revisão do sistema estatal que busca a efetividade do direito. Nos termos de Gilmar Mendes (2015, p. 661) sobre este aspecto: "a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada".

Quanto à universalidade do direito à saúde, Pivetta (2014, p. 162) critica a falta de compatibilidade entre o mandamento constitucional e as escolhas políticas feitas pelos agentes públicos em nível infraconstitucional, alertando que o nível de investimento torna inviável a manutenção necessária do sistema público de saúde, afetando também o mandamento de integralidade. A universalidade significa que o acesso aos serviços e bens públicos de saúde não demanda a demonstração de requisito algum, o que não significa que as prestações estatais serão iguais em todos os sentidos para todos, conclusão que, segundo Pivetta (2014, p. 169), se dá "em razão de um adequado entendimento do princípio da isonomia, cujo conteúdo não impõe que todos os indivíduos recebam idêntico tratamento por parte do Estado".

Sobre esta necessária diferenciação de tratamento, Mendes (2015, p. 660) afirma que "é possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde". Mendes (2015, p. 662) esclarece que o direito à saúde só será efetivado quando a dimensão individual aprender a conviver com a dimensão coletiva, ou seja, a partir da adoção de ações específicas, mas somente necessárias quando da falha das ações públicas amplas que têm como objetivo reduzir os riscos de doença e outros agravos. Entretanto, a posição privilegiada da saúde no ordenamento jurídico brasileiro, segundo Figueiredo (2015, p. 56), a caracteriza como "um direito fundamental da pessoa

humana oponível contra o Estado, obrigando-o a determinada prestação sempre que o bem da vida esteja concretamente em risco".

Sobre essa dimensão individual, Sarlet (2013, p. 1935) assinala que o direito à saúde é, primariamente, um direito de cada pessoa, um direito vinculado à proteção da vida, da integridade e da dignidade de cada ser humano, individualmente avaliado. Para Sarlet (2013, p. 1935), "isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá abandonar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e impostergável". Figueiredo (2015, p. 65) destaca que a fundamentalidade do direito é o que impõe ao Poder Público a obrigação de protegê-lo, cabendo ao legislador a edição de leis compatíveis com o texto constitucional e aos membros do Judiciário a interpretação da Constituição e das leis infraconstitucionais de forma a assegurar a aplicabilidade imediata e a eficácia plena do direito social em destaque.

Sobre a implementação do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, Figueiredo (2015, p. 219) argumenta que "deve ser feita na totalidade em que o dispositivo o contempla, de maneira a concretizá-la em uma análise pragmática da realidade que cerca a postulação desse direito fundamental no Brasil diante da escassez de recursos orçamentários". Gilmar Mendes (2015, p. 661) completa: "não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize". A ausência de uma análise minuciosa de todos os aspectos da realidade social brasileira quando das decisões acerca da imposição ao Estado do fornecimento de prestações individuais e os efeitos da priorização dos interesses individuais sobre os coletivos formam o núcleo da problemática que será tratada a seguir.

3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: E O BEM COMUM?

A judicialização dos direitos sociais como forma de se alcançar a efetividade destes é um dos principais problemas enfrentados pelos operadores do direito e agentes da máquina pública, uma vez que envolve questões como dimensões de um mesmo direito, legitimidade de comportamentos, alocação de recursos escassos e outros. Destaca-se o direito à saúde como um dos principais objetos de demandas judiciais que quase sempre contam com algum fator emergencial em seu teor, o que complica ainda mais a problemática, uma vez que o direito à saúde é pressuposto para o sucesso de muitos outros direitos. O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 garante o acesso ao Judiciário e o parágrafo 1º deste mesmo artigo dispõe: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm

aplicação imediata". Somando-se estes dois dispositivos às dimensões de direito prestacional e de direito público subjetivo do direito à saúde, resta aberto o caminho para a evolução do processo de judicialização de tal direito.

Sobre o termo "judicialização", Figueiredo (2015, p. 259) salienta que este pode ser encarado a partir de dois eixos interpretativos: a) eixo procedimental: visão do fenômeno como uma contribuição para a diminuição ou privatização da cidadania; e b) eixo substancial: visão do fenômeno como uma extensão da democracia, ou seja, um instrumento de aprimoramento da cidadania. Apesar de o fenômeno possuir defensores, maior é o número de partes contrárias à sua evolução, Novelino (2012, p. 630), entre argumentos contrários à adjudicação de direitos sociais, destaca que estas são normas de eficácia negativa, ou seja, capazes de cessar ou impedir atos contrários aos seus mandamentos, e que não possuem eficácia positiva, isto é, não podem ser aplicadas em um caso concreto individual.

Tratando sobre a enorme quantidade de ações judiciais ligadas à proteção da saúde individual, Pivetta (2014, p. 33) salienta que nem sempre os pedidos formulados possuem previsão normativa para a sua tutela exata, o que faz com que o seu deferimento cause o desvio indevido de recursos para atender a decisões judiciais em detrimento do sistema coletivo de saúde. Tal efeito negativo, explica Pivetta (2014, p. 35), ocorre em razão da não existência de soluções generalizantes envolvendo qualquer que seja o direito social, ou seja, sempre surgirão pedidos com aspectos específicos e únicos que não podem ser previstos com antecedência e cujo deferimento irá afetar a alocação dos recursos públicos, sendo este um dos principais problemas do processo de judicialização do direito à saúde, a ausência de uma análise criteriosa da realidade social e da realidade da máquina pública.

Figueiredo (2015, p. 218) afirma: "os custos e possibilidades reais merecem ser considerados no limiar das decisões judiciais, sob pena de se negar a realidade e se optar pela utopia da utilização da norma para conferir eficácia irrestrita de direitos". Ao se deixar a realidade social e orçamentária de lado quando da tomada de decisão, os membros que não estão representados na demanda judicial serão obviamente prejudicados a curto ou longo prazo, consolidando assim uma relação precária de desigualdade. Pivetta (2014, p. 98) também ressalta a importância da análise da realidade e não só da situação que envolve o direito à saúde de imediato, uma vez que não é possível prever com antecedência todas as prestações que a população irá necessitar, uma vez que a realidade encontra-se em constante modificação. Figueiredo (2015, p. 238), sobre o imediatismo aplicado por muitos juízes, diz: "fundamentar decisões com base no *periculum in mora* de um direito subjetivo a uma vida

digna é uma fórmula incerta para estabelecer parâmetros isonômicos, gerando grandes distorções fáticas na realidade social brasileira".

As decisões do Judiciário que provêm pretensões ligadas ao direito à saúde são decisões que geram altos custos e que beneficiam poucos no lugar da coletividade, isto é, nos termos de Ricardo Lupion (2010, p. 323), são decisões que "tendem a beneficiar alguns privilegiados e podem gerar dificuldades orçamentárias em detrimento de todos os demais indivíduos que não podem ir a juízo reclamar igual prestação jurisdicional". Sobre os aspectos orçamentários, Figueiredo (2015, p. 219) salienta que o membro do Judiciário deve avaliar a escassez do fluxo orçamentário ao decidir, uma vez que pode deflagrar uma desestruturação nas contas públicas, passando a decisão judicial a servir como o instrumento de decisão sobre quem será atendido e quem será excluído do gozo de um direito fundamental.

É em meio ao debate sobre a escassez dos recursos do Poder Público que é preciso falar sobre o argumento da reserva do financeiramente possível como forma de combater o lado negativo da judicialização do direito à saúde. Pivetta (2014, p. 73) enxerga tal reserva como um critério que deve ser considerado sempre que se falar em um dever de atuação positiva estatal, isto é, quando o Estado tiver como dever a promoção de prestações materiais fáticas como degrau para a concretização de um direito social. A alegação de tal argumento, segundo Leite (2014, p. 174), necessita vir acompanhada de real comprovação pela entidade estatal chamada a agir pelo requerimento judicial de algum indivíduo e somente assim o Judiciário poderá indeferir o pedido.

Sobre a reserva do possível e a efetivação de direitos sociais, Pivetta (2014, p. 77) apresenta três conclusões: a) a escassez dos recursos pode sempre ser considerada como moderada, uma vez que o real problema está nas técnicas e decisões de alocação adequada; b) a reserva do possível não é apenas um "problema" dos direitos sociais, mas do direito como um todo; e c) a reserva do possível faz parte de um conjunto de reservas que devem ser levadas em consideração, entre elas a reserva imanente de ponderação e a reserva do politicamente adequado e oportuno.

Entretanto, a reserva do possível, segundo Pivetta (2014, p. 74) não pode ser encarada como um obstáculo intransponível, mas como um instrumento de auxílio na tomada de decisão acerca da alocação dos recursos disponíveis da melhor forma possível, ou seja, a ausência de recursos financeiros não é o suficiente para fulminar a jusfundamentalidade e a efetividade do direito à saúde. E, tratando sobre os custos das prestações, Ricardo Lima (2010, p. 251) denota que a saúde não é um dever somente do Poder Público, apesar de ser devido a todos, isto é, antes que uma determinada prestação seja imposta ao Estado, defende-

se que seja verificado se o autor da demanda é realmente carente de recursos, visto que se este for capaz de suportar os custos das prestações, deve o Estado ser desonerado, o que ajuda na melhor aplicação dos já escassos recursos estatais.

Verificado, portanto, os efeitos orçamentários das decisões judiciais em demandas individuais ligadas ao direito à saúde, Oliveira (2015, p. 119) destaca a reserva do possível como relevante limite fático ao ativismo judicial na área da saúde, abrindo a discussão acerca da legitimidade do Judiciário para interferir tão fortemente em matérias orçamentárias. Oliveira (2015, p. 171) conclui seu pensamento afirmando que se tal comportamento continuar evoluindo, é de se esperar que a autoridade pública deixe de cumprir por si só suas tarefas constitucionais, pois será mais vantajoso aguardar pelas decisões judiciais que ver os seus planos orçamentários destruídos e suas alegações de escassez de recursos ignoradas.

Sobre o planejamento do Poder Público para alcançar a efetividade do direito à saúde, percebe-se, no próprio texto do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, a preferência pela adoção de políticas sociais e econômicas. Pivetta (2014, p. 100) conceitua políticas públicas como "instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados". No mesmo sentido, Juarez Freitas (2014, p. 32) conceitua políticas públicas como programas estatais que, por meio da articulação de atores governamentais e sociais, objetivam cumprir as prioridades do texto constitucional. E, sobre a formulação de políticas públicas, Figueiredo (2015, p. 231) afirma: "A opção pela valorização de políticas públicas de caráter universal é sempre um caminho pelo qual se estabelece a integração e a ponderação por uma justiça compensatória e niveladora entre os usuários".

Quanto à principal problemática envolvendo as políticas públicas brasileiras de saúde, Figueiredo (2015, p. 75) salienta a sua implementação, ou seja, o problema não está só na alocação adequada de recursos, mas também no mau gerenciamento dos já escassos recursos e na consequente inexecução dos orçamentos dos órgãos governamentais. Gilmar Mendes (2015, p. 662) também afirma que o problema da eficácia do direito à saúde no Brasil está mais ligado à implementação e manutenção de políticas já existentes que à ausência de políticas. Pivetta (2014, p. 214), sobre a mora ou inaptidão da Administração Pública, explica que é justamente este um dos pontos que alimenta a judicialização do direito à saúde, cabendo ao magistrado impor ao administrador a adoção de medidas emergenciais. Esta é uma das hipóteses que leva Figueiredo (2015, p. 217) a concluir que "quando o Poder Judiciário decide

se os parcos recursos existentes deverão tratar milhares de vítimas de doenças comuns ou um pequeno número de doentes terminais, faz política pública".

Fabrício Medeiros (2011, p. 120) evidencia que o ativismo do Judiciário, quando do controle de políticas públicas de saúde, acaba não resolvendo por completo a situação clínica das demandas judiciais e também acaba colocando em risco o funcionamento do sistema brasileiro de saúde, visto que ignora os princípios que o balizam e prejudica o seu financiamento. Oliveira (2015, p. 158) aponta como um dos fatores que contribui para essa adoção de comportamento as impressões psicológicas e sociais de cada magistrado, uma vez que é possível que este venha a se sentir responsável pelo necessitado que reclama do Judiciário uma prestação de saúde. Entre outros fatores, Oliveira (2015, p. 95) resume que inexistem critérios e orientações aos magistrados para agir diante das demandas de saúde. Como consequência, segundo Leite (2014, p. 165), surgem várias interpretações isoladas, algumas até mesmo sem um fundamento constitucional ou legal determinado, como, por exemplo, julgados que ampliam demais os conceitos aplicados aos direitos fundamentais, como a dignidade humana e a proteção da vida. Sobre o assunto, Leite (2014, p. 175) conclui: "O direito à saúde envolve sempre o direito à vida? Entende-se que não, pois nem sempre a ausência de um remédio ou tratamento médico causa um risco imediato à sobrevivência do indivíduo".

Verifica-se que o comportamento ativista do Judiciário gera relevantes efeitos sobre as funções dos demais Poderes. Oliveira (2015, p. 104) destaca que a atitude proativa dos juízes cria uma tensão indesejada entre estes e os elaboradores e executores de políticas públicas, uma vez que estes últimos acabam sendo obrigados a abandonar planos elaborados minuciosamente para assegurar o cumprimento de decisões judicias que não consideram as suas repercussões orçamentárias. Daniel Silva Passos (2014, p. 82) assevera que "a implementação judicial de políticas públicas sofre fortes críticas atinentes ao risco de um governo de juízes", o que traz à tona a discussão sobre a legitimidade do comportamento ativista jurisdicional.

A judicialização do direito à saúde tem como um dos seus principais efeitos a quebra de qualquer planejamento realizado pelos demais Poderes, planejamento que se concretiza por meio de políticas públicas. Figueiredo (2015, p. 240) ressalta que a constante quebra dos projetos de políticas públicas enfraquece o caráter universal e igualitário do SUS, além de gerar a existência de um grupo de pessoas privilegiadas. Passos (2014, p. 95) também aponta que um dos maiores efeitos negativos da judicialização de políticas públicas é a desorganização estrutural do desenho estatal, visto que as decisões definem novas prioridades

e inserem variáveis antes não previstas no sistema. Mariana Figueiredo (2007, p. 91) explica que a efetivação do direito à saúde depende de uma organização prévia de procedimentos e estruturas e o enorme número de ações judiciais acaba por levar ao fracasso esse preparo.

Pivetta (2014, p. 213) salienta que o julgador, mesmo podendo decidir quanto à existência ou ausência de uma política pública de saúde, não pode substituir o administrador e formular um programa a ser implantado, limitação que decorre da falta de especialidade do Poder Judiciário, das repercussões financeiras e, principalmente, da priorização que o texto constitucional confere aos Poderes Legislativo e Executivo para agir como criadores e executores de políticas públicas. Sobre esta limitação, Novelino (2012, p. 631) complementa que "a interferência do Poder Judiciário nas demandas a serem priorizadas por meio de políticas públicas seria antidemocrática e incompatível com o princípio da separação de poderes, por significar uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo". Na mesma esteira, Leonardo de Farias Duarte (2011, p. 201) afirma que tais intromissões indevidas na esfera política podem "arrecadar desde significativas consequências macroeconômicas até problemas relativos à igualdade na repartição dos custos e benefícios dos direitos fundamentais sociais", apontando assim para outro grande efeito negativo da judicialização, a manutenção de uma situação de desigualdade.

Figueiredo (2015, p. 216) critica decisões judiciais que, utilizando de uma visão engessada e individualizada da realidade, acabam atendendo uma demanda específica sem se preocupar com o comprometimento do todo social, uma vez que a proteção do interesse social acaba sendo afastado pelo interesse individual. Leite (2014, p. 32) explica que mesmo uma decisão parecendo ser razoável a partir do viés do interesse individual, tal razoabilidade não será o suficiente para passar por cima do interesse coletivo ou para suplantar a ausência de recursos ou as mudanças drásticas de alocação dos poucos recursos existentes. Para Severo e Rosa Júnior (2007, p. 89), o pleiteamento individual de um direito social "mostra-se irracional em uma comunidade política, que tem como fim último a realização do bem comum, e não o bem de indivíduos".

Silva (2014, p. 243) ressalta o caráter coletivo dos direitos sociais, explicando que apesar de cada indivíduo possuir um direito à saúde, por exemplo, a realização deste só pode ser alcançada a partir de um pensamento coletivo. Para Lupion (2010, p. 317), a solução para combater a desigualdade que emana de decisões individuais é estabelecer limites para o exercício do direito à saúde individualizado, uma vez que é certo concluir que quando certo indivíduo recebe uma prestação, por meio de ordem judicial, outro indivíduo ou indivíduos com a mesma ou semelhante necessidade não terão acesso a esta mesma prestação, visto que

não recorreram ao Judiciário. Necessita-se, portanto, de uma política de padronização da satisfação da coletividade em consonância com as decisões proferidas individualmente.

Segundo Figueiredo (2015, p. 77), o problema específico do fenômeno aqui estudado está ligado ao conceito de mínimo existencial, muitas vezes utilizado de maneira equivocada por magistrados para deferir pedidos a partir de decisões que realizam escolhas sobre quem vai receber determinados tratamentos e quem não vai receber, sendo que estes últimos acabam muitas vezes ficando até mesmo sem o mínimo que foi tão veemente defendido para aquele que recebeu o tratamento por meio de ordem judicial. Lima (2010, p. 242) conclui que a concessão judicial de prestações de saúde "tem sido feita de forma indiscriminada, irracional, não criteriosa e de forma a perpetuar a desigualdade no acesso às ações e serviços de saúde".

Osmir Globekner (2011, p. 61) ressalta que a desigualdade de condições de acesso ao Judiciário acaba realizando uma seleção não desejada dos beneficiários da prestação jurisdicional, uma seleção que não utiliza de critérios de necessidade amplos, mas sim do critério de quem possui condições socioeconômicas de acesso à jurisdição. Sarlet (2013, p. 592) lembra que o texto constitucional não prevê expressamente a ideia de direito subjetivo definitivo que pode ser manejado por qualquer pessoa sem se pensar nas consequências de tal ação para a coletividade. É o que defende Gilmar Mendes (2015, p. 669) ao afirmar que o fenômeno aqui avaliado "indica o desenvolvimento de situação completamente contraditória ao projeto constitucional, quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse a existência de qualquer benefício ou privilégio de alguns usuários".

Tratando sobre a relação entre direito à saúde e princípio da impessoalidade, Lupion (2010, p. 315) aponta a violação de tal princípio quando do tratamento diferenciado conferido àqueles que procuram o Judiciário para reclamar uma medida individualizada do Estado, quebrando qualquer projeto de tratamento igual para todos que se encontram em uma mesma situação fática ou jurídica. Ricardo da Silva (2010, p. 83) chama de "cruel realidade social brasileira" esta onde os mais pobres e mais necessitados possuem dificuldades de acesso ao sistema de saúde e também não conseguem movimentar o Judiciário, enquanto os que possuem melhores condições conseguem acessar a jurisdição sem maiores dificuldades, alcançando decisões favoráveis em detrimento daqueles que nem mesmo conseguem acessar o Judiciário ou os poucos bens de saúde já disponíveis. Lupion (2010, p. 323) conclui: "não é aceitável e compreensível que o atendimento do direito à saúde de um cidadão possa ser feito com o sacrifício de idêntico direito dos demais".

Destacadas as principais críticas ao fenômeno, cabe agora entender o pensamento daqueles que entendem tal comportamento do Judiciário como legítimo e necessário. Leite

(2014, p. 136) considera a intervenção do Judiciário no orçamento público como algo essencial para o sucesso dos direitos sociais por meio de políticas públicas, pois assim se combate resquícios de ineficiência, desperdício e desvio de recursos. Entretanto, o autor aponta que alguns parâmetros jurídicos devem ser utilizados para se garantir a independência entre os poderes, existindo algumas exceções como a obrigação do Judiciário de agir no caso de inércia dos demais poderes causada pela liberdade de conformação. Sobre a inércia dos Poderes, Duarte (2011, p. 201) afirma: "se um determinado direito social já foi dotado, pelo legislador, de suficiente ou plena densidade normativa, não há por que negar a sua realização por meio do Judiciário, em caso de desarrazoada inércia do Executivo".

Quanto ao aprimoramento das decisões do fenômeno de judicialização, Figueiredo (2015, p. 217) defende que deixe de ser ignorada a realidade social e financeira do país, o que não significa que se deve ignorar o mau gerenciamento das verbas públicas, mas apenas analisar melhor o contexto fático para evitar a "megalomania" no atendimento individualizado. Lima (2010, p. 252) defende a necessidade de estabelecimento de padrões para as fundamentações de decisões judiciais, a fim de que exista alguma previsibilidade para os demais agentes públicos que cuidam do planejamento de políticas públicas, assim os planos políticos não serão quebrados e existirão margens para atuação de todos os Poderes.

Ainda sobre as decisões, Oliveira (2015, p. 160) sugere que uma maior capacitação técnica dos magistrados sobre a matéria orçamentária pode ser vista como um auxílio para o desenvolvimento de uma postura mais racional quando da decisão de ações individuais, o que ajudaria a afastar impressões psicológicas, ou seja, o sentimento de responsabilidade em relação ao necessitado. Oliveira (2015, p. 169) conclui: "o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública". Nesta linha, Lupion (2010, p. 324) afirma: "As dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado, responsável e comprometido com a guarda da Constituição".

Sobre a relação entre Judiciário e direitos sociais, alguns doutrinadores apresentam qual seria o verdadeiro papel da jurisdição na busca por efetividade de tais direitos. Pivetta (2014, p. 213) defende a função de indutor do Judiciário, ou seja, de fomentador da democracia e de controlador das omissões estatais, única função que culmina com a adoção de mecanismos adequados para formulação de políticas públicas pelo Judiciário. No entanto, Gilmar Mendes (2015, p. 667) relembra que a regra geral é que o Judiciário deve agir como agente fiscalizador das políticas já eleitas pelos demais Poderes, verificando se atendem ou não os ditames constitucionais, não podendo ficar confortável na posição de formulador de

políticas públicas. É por este motivo que Pivetta (2014, p. 244) salienta que o controle judicial deve ser o último mecanismo a ser manejado para a concretização do direito à saúde, pois a atividade do magistrado, de caso concreto em caso concreto, pode acabar gerando, como visto anteriormente, uma situação de desigualdade social.

Como forma de amenizar o fenômeno da judicialização, Pivetta (2014, p. 245) aponta que outros instrumentos devem ser desenvolvidos para a efetivação do direito à saúde, instrumentos com caráter mais universal e igualitário, tais como a criação de novos meios administrativos que possam absorver as demandas individuais e o fortalecimento do controle externo e da participação popular na Administração Pública. Lima (2010, p. 248) relembra que existe "um meio genérico de atuação constitucionalmente definido – políticas sociais e econômicas – as quais devem atender às finalidades também explicitadas pela própria norma constitucional – ação preferencialmente preventiva e acesso universal e igualitário".

Gilmar Mendes (2015, p. 670) também defende o fortalecimento dos meios administrativos, evitando-se assim a realização do direito à saúde pelo meio judicial, mas destaca que uma das formas de evitar a perpetuação da desigualdade social seria a preferência pelo plano de ações coletivas no lugar de milhares de ações individuais. Mendes (2015, p. 669) afirma que "a ausência de articulação conjunta dos diversos interessados para obtenção de uma tutela na área da saúde é um dos principais obstáculos ao aumento das demandas coletivas neste setor". No entanto, é compreensível a ausência de demandas coletivas, até mesmo pelo caráter emergencial de muitas ações individuais.

Por último, Figueiredo (2015, p. 220) também salienta que, no campo do direito à saúde, a demanda social e universal existente não pode se encobertada por uma demanda individual, pois ao se atender aquele que procurou a jurisdição, acaba se deixando de atender todos aqueles que não tomaram a mesma iniciativa, talvez por absoluta falta de recursos. Figueiredo (2015, p. 219) conclui tal pensamento nos seguintes termos: "A escolha de quem está protegido ou de quem está desprotegido não pode ser feita de forma individual, mas sim de forma coletiva, neste último caso, privilegiando as massas menos favorecidas".

CONCLUSÃO

A previsão constitucional de um grande conjunto de direitos fundamentais sociais evidencia um dos principais objetivos da Constituição Federal de 1988: a busca pela justiça social, uma situação em que os principais pontos da vida em sociedade são satisfatórios, situação que pode ser alcançada a partir da atuação do Estado e da coletividade na busca pelo

bem comum, sem deixar que interesses individuais sejam colocados acima de interesses coletivos, sem deixar que situações de miséria e desigualdade social consigam se perpetuar. Para tanto, o texto constitucional trouxe inúmeros direitos sociais e também os regulou, de certa forma, no seu próprio conteúdo, trazendo diretrizes e guias para a sua efetivação. No entanto, a Constituição é uma lei e as leis não conseguem prever todos os efeitos de seus mandamentos, tanto os efeitos positivos como os negativos, ou aqueles que podem ser encarados de ambas as formas.

O direito à saúde, em razão do seu forte vínculo com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, é um dos principais direitos sociais, o que também torna mais difícil o alcance da sua efetividade concreta na realidade social. O texto constitucional, dificultando a tarefa dos agentes públicos, ainda conferiu ao sistema público de saúde os princípios de universalidade e integralidade, tudo em nome da busca pela justiça social. Tais princípios tornam quase impossível a completa concretização do texto constitucional, gerando assim discussões acerca da melhor maneira de se efetivar a saúde no mesmo nível que se deu a sua previsão constitucional. Interpretações surgem e sugestões de instrumentos e mecanismos também, mas, hoje, destaca-se no Brasil o fenômeno da judicialização do direito à saúde, ou seja, o manejo do Judiciário com o intuito de alcançar a concessão de prestações materiais pelo Estado que atendam às necessidades do autor da ação.

A judicialização do direito à saúde gera muitos conflitos, entre eles a criação de uma tensão entre os Poderes, uma vez que o Judiciário, ao impor ao Estado uma obrigação, como o fornecimento de medicamentos ou a realização de um tratamento específico, acaba gerando efeitos que atingem todo o planejamento político e orçamentário estatal, o que não parece ser tão importante quando se está diante de uma vida, mas o que muitos esquecem é do muito maior número de vidas que depende do planejamento que foi afetado para se atender apenas uma vida. Não se trata de uma simples batalha de egos entre os componentes dos diferentes poderes, o problema está na alocação de recursos já escassos que é feita pelos magistrados sem levar em consideração os efeitos negativos para a saúde da coletividade.

Outro ponto problemático é a quebra do projeto constitucional de busca pela justiça social. A constituição, apesar de proteger interesses individuais, coloca o bem comum acima de tudo, um objetivo cada vez mais distante, uma vez que a judicialização beneficia somente aqueles que possuem condições de manejar a jurisdição, deixando de fora aqueles que nem mesmo possuem recursos para acessar o Judiciário. Aqueles que não acessam o Judiciário e que precisam de bens e serviços de saúde são altamente prejudicados por aqueles que possuem recursos para procurar o Judiciário, o que já evidencia uma discrepância social que é

inaceitável, mas que continua a ser consolidada pelo Judiciário, que utiliza de todos os princípios e direitos ligados ao direito à saúde para fundamentar decisões favoráveis em casos em que, muitas vezes, o sucesso dos tratamentos deferidos não é algo certo.

Verifica-se, portanto, que é preciso batalhar pela formulação de uma solução para os principais problemas da judicialização, a fim de que o projeto constitucional possa voltar aos seus eixos e de que a desigualdade social não seja fortalecida pelo próprio Judiciário. O fortalecimento de meios administrativos e a preferência por ações coletivas são algumas ideias que podem ser mais bem desenvolvidas. É preciso aceitar que, não importando qual solução seja adotada, não será possível deixar todos os titulares felizes, contudo, em longo prazo, a prioridade do bem comum sobre o bem individual é a melhor resposta, devendo ser o guia para a adoção de qualquer medida de amenização dos efeitos negativos da judicialização.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. *Saúde no Brasil*: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2015.

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

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado*: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos. Curitiba: Juruá, 2011.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito Fundamental à Saúde*: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional* - 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito Fundamental à Saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015.

PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção Judicial nas Políticas Públicas*: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde*: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. *Universalidade do Direito à Saúde*. São Luís: EDUFMA, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos; ROSA JÚNIOR, Faustino da. Os direitos da pessoa humana na CRFB de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados individualmente via procedimento judicial? In: ASSIS, Araken de. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde*: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.