

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

MARIA CRISTINA GOMES DA SILVA D'ORNELLAS

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

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 Napolini 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 III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Maria Cristina Gomes da Silva D'ornellas, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis:
CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-361-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2017 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O Conselho Nacional das Pós-Graduações em Direito tem consolidado, nestes vinte e cinco anos, a posição como referência nacional para a realização de eventos científicos jurídicos de alto nível, além de vir construindo, mais recentemente, também um protagonismo no processo de internacionalização da pós-graduação em direito brasileira, ao promover a sua integração com a sociedade científica mundial por intermédio da cooperação com universidades de diversos países para a organização de eventos conjuntos.

De 07 a 10 de dezembro de 2016, o Conpedi prosseguiu em seu mister ao organizar o XXV Congresso Nacional - Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, em cooperação com o Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), em iniciativa que reuniu mais de dois mil participantes na capital paranaense, distribuídos por um fórum, vinte e nove Painéis Temáticos e noventa e sete Grupos de Trabalho, estes últimos destinados à apresentação de produções científicas escritas previamente selecionadas pelo processo de avaliação do chamando "duplo cego" (double blind review), o que assegura a qualidade dos textos pelo grau de isenção no processo seletivo. Coube a nós, Maria Cristina D'Ornellas (UNIRITTER) e Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC), como professores-doutores de programas de pós-graduação, atuantes na pesquisa científica em direito, o honroso convite de assumir a coordenação do Grupo de Trabalho 87 - Direitos Sociais e Políticas Públicas III para fins de conjugarmos os esforços na condução dos trabalhos do referido grupo, ali incluída a divisão das tarefas ente os diversos componentes do grupo, a apresentação das pesquisas produzidas, a condução do debate os trabalhos produzidos, para fins de validação de seus conteúdos, encaminhamentos, propostas e conclusões, o que nos encheu de satisfação, em níveis poucas vezes vivenciados. A importância do tema dos direitos sociais e de sua operacionalização por intermédio de políticas públicas tem se mostrado cada vez mais evidente, dispensando argumentações de suporte. No caso do Conpedi, basta constatar que a diversidade de pontos a tratar e a recorrência das discussões a seu respeito têm justificado a massiva preferência pelos temas coligados, tanto dos direitos fundamentais sociais, como da ciência da administração aplicada ao trato da prática política. Sejam na concepção, implantação, acompanhamento ou avaliação das escolhas políticas, abreviadamente denominadas "políticas públicas", para fins de mais rápida e elementar assimilação, a riqueza das pesquisas e sua expansão qualitativa têm motivado também a sua expansão numérica, daí a necessidade de se abrir três grupos de trabalho para dar cabo de tal incumbência, com preservação da qualidade também das

discussões teóricas e práticas que são travadas nos dias do Congresso. Justamente o conteúdo dessas pesquisas, transformadas em trabalho e agora publicadas como artigos, vem compor os capítulos do livro "Direitos Sociais e Políticas Públicas III - o pluralismo de ideias e ideais", que ora temos também, a alegria de apresentar.

Os trabalhos estão organizados em dois grandes grupos: o primeiro versa sobre políticas voltadas ao direito à educação, conforme as mais diversificadas abordagens, desde seu suporte teórico-filosófico para o reconhecimento como prerrogativa inexpugnável de cada cidadão, passando por seus pontos de aplicação prática e aportando sobre experiências fáticas, legislativas e judiciais. O segundo grupo congrega outras temáticas, igualmente importantes, como políticas voltadas às teorias sobre políticas públicas, o direito à saúde - sob as óticas de implementação e de judicialização, o direito à integridade física da mulher, o direito ao transporte adequado, o direito ao microcrédito como garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Façamos eco a todos aqueles que têm acreditado e prestigiado o Conpedi com volumosos elogios a suas iniciativas e convidamos aos prezados leitores desfrutarem dessa fantástica oportunidade de desfrutar do prazer científico com a leitura dos trabalhos aqui colacionados, não deixando de cumprimentar a cada um de seus autores pelo espírito de entrega, na execução das pesquisas e de desprendimento, na cessão gratuita dos respectivos direitos autorais para viabilizar a publicação deste livro.

Boa leitura!

Profa. Dra. MARIA CRISTINA GOMES DA SILVA D'ORNELLAS - Professora-Doutora do PPGD UNIRITTER

Profa. Dra. ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Professor-Doutor do PPGD UNOESC SC

JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: CRITÉRIOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: CRITERIOS DE JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN BRASIL

Manuel Maria Antunes De Melo ¹

Resumo

Tematizando a efetivação dos direitos sociais, o texto perpassa a problemática do direito à saúde no Brasil desde um ponto de vista judicializante, buscando encontrar parâmetros de atuação judicial que, sem negar as balizas do Estado Democrático de Direito, assegurem a efetivação dos direitos sociais. Com este escopo, partindo-se de uma perspectiva dialética, debatem-se questões como o caráter programático das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais, a objeção da reserva do “financeiramente” possível, a tesis cognoscitiva de los derechos de Rodolfo Arango, a contenção, o ativismo judicial e a judicialização da saúde.

Palavras-chave: Direitos sociais, Políticas públicas, Judicialização da saúde

Abstract/Resumen/Résumé

Tematizando la realización de los derechos sociales, el texto enfoca la problemática del derecho a la salud en Brasil desde un punto de vista judicializante, buscando encontrar parámetros de desempeño judicial que, sin negar las balizas del Estado Democrático de Derecho, asegure la realización de los derechos sociales. Con este alcance, desde una perspectiva dialéctica, enfocan-se cuestiones como la naturaleza programática de las normas constitucionales garante de los derechos sociales, la objeción de la reserva del "financieramente" posible, la tesis cognoscitiva de los derechos de Rodolfo Arango, la contención del Judicial, el activismo judicial y la judicialización de la salud.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos sociales, Políticas públicas, Judicialización de la salud

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP/RJ). Especialista em Processo Civil pela Universidade Potiguar. Juiz de Direito do TJ-PB (juizmanuelmaria@gmail.com)

Introdução

A justiciabilidade¹ dos direitos fundamentais é tema caro à seara dos direitos humanos, visto que implica em sua força vinculante no contexto dos ordenamentos jurídicos nacionais, dotando-os de plena efetividade jurídica.

Em *A Era dos Direitos*, Bobbio (2004, p. 31) destaca que, quando os direitos do homem ainda eram considerados unicamente como *direitos naturais*, a única defesa possível contra a violação pelo Estado era o exercício de um outro direito, igualmente natural: o direito de resistência, o que implicava, entretanto, em desobediência civil. Na contemporaneidade, todavia, como as Constituições reconheceram proteção jurídica a uma gama desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado – e também contra os particulares.

Já Fábio K. Comparato lembra que o princípio da judicabilidade² de todo e qualquer direito fundado em norma constitucional remonta ao célebre *case Marbury v. Madison* decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1803. E, como os direitos humanos passaram a integrar o rol de direitos fundamentais das diferentes Constituições dos Estados Americanos, [...] *reconheceu-se que a primeira e fundamental garantia desses direitos era de natureza judicial*. (COMPATATO, 2010, p. 125-127)³.

Essa garantia, segundo Silva (2008, p. 252), encarna o mais importante dos direitos fundamentais, exatamente porque é através do direito de ação a um órgão independente e imparcial que se asseguram e efetivam, na prática, todos os demais direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, sejam eles de natureza jusfundacional ou não.

Para Alexy, a completa possibilidade de arguição perante o Judiciário, que atinge a totalidade das normas constitucionais, é um dos tesouros da Lei Fundamental Alemã, razão pela qual:

¹ Entendida como tal a [...] possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses direitos ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparações adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos. (COURTIS, 2008. p. 487).

² Empregar-se-á, ao longo do texto, os termos sinônimos de justiciabilidade: judicabilidade, judicialidade e direitos justiciáveis.

³ Interessante notar que o Direito Constitucional brasileiro, abandonando a tradição francesa, aproximou-se mais do pragmatismo do *common law*, segundo o qual o progresso na proteção jurídica da pessoa humana provém mais das garantias institucionais, sobretudo das instâncias judiciais, do que das simples declarações de direitos (COMPARATO, 2010, p. 101).

A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão [de direitos fundamentais] pela eliminação da justicialidade deve opor-se com ênfase. [...] A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justicialidade. (ALEXY, 2011, p. 63).

Diferentemente do que ocorre em relação aos direitos civis e políticos, cuja justiciabilidade parece consagrada, Christian Courtis (COURTIS, 2008. p. 487) anota que uma menor importância⁴ tem sido ao desenvolvimento de mecanismos de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC).

Desta imprevisão resulta que os paradigmas de judicabilidade dos DESC ainda não são pacíficos, constituindo fonte de inesgotáveis questionamentos. Emerge, assim, um cenário conflituoso entre as necessidades do cidadão que reclama uma prestação social *versus* as limitadas possibilidades do Estado-provedor, o que implica no grande desafio de harmonizar os interesses em jogo: solidificar a ideia de judicabilidade dos direitos sociais sem, todavia, comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do País, na medida em que a ideia de *responsabilidade fiscal* constitui um dos mais importantes avanços obtidos em nossa sociedade:

[...] a ideia de responsabilidade fiscal é uma conquista importante da vivência brasileira, e responsabilidade fiscal não tem ideologia: não gastar mais do que se arrecada não é uma posição nem de esquerda, nem de direita; é uma posição que apenas atende à natureza das coisas. E acho que uma revolução progressista que nós faríamos no Brasil seria vivermos sob responsabilidade fiscal, porque o *déficit* público e as consequências que ele traz penalizam sobretudo as pessoas mais pobres, que dependem da atuação do Estado. (BARROSO, STF, 2016c).

E, nos domínios da justiciabilidade dos direitos sociais, destaca-se um tema: *a judicialização da saúde* que, por sua dimensão social e pela envergadura política que ostenta, vem constituindo fonte de inquietude e perplexidade para juristas, politólogos e cientistas sociais, como adiante se abordará.

⁴ Essa *dualidade de tratamento* tem permitido que aos direitos de liberdade se reconheça uma muito maior eficácia e aplicabilidade, o que já levou a se falar em nominalidade dos direitos sociais, em contraposição à normatividade dos direitos de liberdade (CLÈVE, 1999, p. 210). Foi em nome dessa dualidade, aliás, que em 1966 foram elaborados dois tratados internacionais de direitos humanos, ao invés de um só, fruto de um acordo diplomático para equacionar as divergências entre as potências ocidentais e os países do bloco comunista (COMPARATO, 2010, p. 292).

1. A judicialização da saúde no Brasil

O art. 196 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB/1988) arquitetou a saúde como direito de todos e dever do Estado, direito esse a ser garantido “[...] mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

No Brasil, a tutela jurídica do direito à saúde tem se deslocado do âmbito das instituições tradicionais, especialmente daquelas ligadas ao Poder Executivo, para o campo das instituições jurídicas, fenômeno esse iniciado a partir da nova ordem constitucional inaugurada pela CFB/1988 – e que se agigante numa crescente espiral preocupante e desafiadora –, o que se convencionou denominar de *judicialização da saúde*.

A esse fenômeno judicializante se levantam objeções dos mais variados matizes. Uma delas⁵ está ligada à ilegitimidade do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas de competência dos demais Poderes de Estado, ensejando uma distorção sistêmica. Argumenta-se que, estando o juiz focado no julgamento de uma demanda – *individual ou coletiva* – não disporia de elementos para aquilatar, adequadamente, todas as variáveis que gravitam as políticas públicas governamentais, juízo este melhor exercido pela Administração Pública através do seu complexo sistema de órgãos consultivos e deliberativos.

De obtemperar, desde logo, que o poder-dever do Judiciário controlar as ações dos demais Poderes decorre do arranjo institucional desenhado na CFB/1998⁶, integrando a própria tradição de nosso Direito Constitucional que, inspirado no modelo americano, adotou como princípio o *judicial review* inaugurado pelo célebre caso *Marbury v. Madison* (LAGO, 2010). Logo, embora constitua fonte de copiosos estranhamentos institucionais, claro está que no *judicial review* se alberga a chave do sistema *checks and balances* que possibilita ao Judiciário desfrutar, em nosso sistema constitucional, do mesmo *status* esboçado pelos demais Poderes de Estado.

Sob esta ótica é que se refuta a objeção de que juízes e tribunais não teriam legitimidade para intervir em políticas públicas em razão da respectiva forma de investidura:

⁵ As demais serão melhor abordadas no capítulo seguinte.

⁶ Neste sentido, o STF tem assim assentado: Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. (STF, 2014).

através de concurso público, e não pelo voto popular. Na realidade, qualquer que seja a forma de investidura dos órgãos judiciais, claro está que a atividade de *traçar políticas públicas e realizar opções administrativas* será tão estranha ao cotidiano dos juízes e tribunais quanto proferir uma sentença para os agentes dos demais Poderes. Isso não implica, evidentemente, que a legalidade e a constitucionalidade de políticas públicas estejam excluídas da apreciação judicial⁷, exatamente porque o sistema de freios e contrapesos legitima a que o Judiciário, quando legitimamente provocado, intervenha em qualquer atividade administrativa para aquilatar sua regularidade à luz dos critérios previstos no art. 37, *caput*, da CFB/1988, a saber: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, sem que se possa acoiimar de ingerência indevida do Judiciário na atividade dos demais entes estatais.

Não obstante, procura-se conter o intervencionismo judicial mediante a necessidade do desenvolvimento de uma cultura de autocontenção do Judiciário frente às escolhas e opções políticas legitimamente realizadas pelo demais Poderes de Estado, o que se dá quando juízes e tribunais:

[...] i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. (BARROSO, 2009a, p. 22-23).

2. Objeções à judicialização da saúde no Brasil

Outras objeções têm sido levantadas à judicialização da saúde no Brasil.

Uma das mais frequentes tem como base a *natureza programática* da norma constitucional definidora do direito à saúde, na medida em que o art. 196 da CFB/1988 deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais*.

⁷ Conforme tese aprovada pelo STF no RE 592.581-RS (Repercussão Geral): É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (STF, 2016b).

Essa objeção tem como pano de fundo a classificação das normas constitucionais, em relação à sua aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada (MORAES, 2003, p. 41).

Conforme essa classificação, a norma do art. 196 seria meramente “programática” ou “contida”, na medida em que encerraria não mais que um programa, uma recomendação de agir endereçada ao legislador derivado, compatível com aquelas situações em que o legislador constituinte:

[...] regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados. (SILVA, 1982, p. 89).

Com efeito, partindo de uma concepção demasiado restritiva do texto constitucional, essa corrente tende a reduzir os direitos sociais a uma categoria meramente *aspiracional* ou *programática*, a serem implementados de forma *progressiva*⁸, em contraposição aos direitos civis e políticos, tidos como modelo de direitos plenamente justiciáveis.

Entretanto, obtempera-se que, embora alguns aspectos dos DESC estejam, de fato, sujeitos à realização progressiva, há uma série de deveres que obrigam imediatamente os Estados, de tal modo que:

[...] os tribunais tem feito bom uso dessa distinção, sustentado em vários casos que o reconhecimento de um direito que seja econômico, social ou cultural na constituição ou, quando aplicável, em um instrumento de direitos humanos, compreende alguns deveres imediatos em que noções tal como a da “realização progressiva” ou análogas não exercem qualquer papel. (COURTIS, 2008, p. 492-493).

De fato, a despeito do caráter programático da norma extraída do citado art. 196, o STF tem trilhado o caminho sugerido por Courtis, evoluindo na sua própria jurisdição constitucional para assentar que:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da

⁸ Natureza essa que seria confirmada pela noção de realização progressiva incluída no art. 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos (STF, 2016a).

Uma segunda vertente questiona a impropriedade de se reduzir o problema da implementação do direito à saúde à mera interpretação de preceitos constitucionais. Neste sentido, os imperativos que reclamam a plena efetivação dos direitos sociais não deveriam ser colonizados⁹ pela discussão sobre a conveniência ou não de atribuir-se ao Judiciário a prerrogativa de aplicar, de maneira direta e imediata, o preceito que positiva o direito à saúde (BARROSO, 2009b, p. 44).

De fato, para aquém e além da questão da eficácia das normas constitucionais, deve-se ter em mente que o adequado gerenciamento dos recursos públicos disponíveis ainda é o melhor caminho para se obter o máximo de eficiência em matéria de políticas públicas e prestação de serviços pelos entes estatais. Neste sentido, Barroso (2009b, p.44) sugere que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é atribuir ao Poder Executivo - que possui visão global¹⁰ tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas - a competência para coordenar as respectivas ações.

Destaca-se, ainda, uma terceira objeção à judicialização da saúde, desta feita ligada à questão da legitimidade democrática. Parte-se do pressuposto de que, sendo os recursos públicos obtidos diretamente através da cobrança de impostos, se impõe, naturalmente, que ao cidadão – que paga os impostos – caiba decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Nesta tarefa se compreende, evidentemente, a prerrogativa de fazer escolhas: *v.g.* priorizar medidas preventivas de proteção à saúde ou direcionar a maior parte dos recursos públicos no sistema de educação básica, etc. Essas decisões, compatíveis com o sistema de proteção dos direitos fundamentais, são da essência do regime democrático e, como tais, deveriam ser tomadas pelos próprios cidadãos, por si ou por meio de representantes eleitos.

⁹ Felipe Asensi adverte que o protagonismo das instituições jurídicas brasileiras não está isento de contradições, dos quais seriam exemplos os obstáculos de acesso à justiça e ao direito, que contribuem para uma relativa “colonização” da judicialização da saúde, ao menos de forma predominante, por um determinado perfil socioeconômico. (ASENSI, 2013, p. 813), *posição essa perflhada por Barroso, par quem*: [...] quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres (BARROSO, 2009b, p. 46).

¹⁰ Em contraste, 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 (BARROSO, 2009b, p. 47).

Não obstante, a forma peculiar de reivindicação de direitos no Brasil, centralizada na figura do Estado-provedor, levou boa parte da população a incorporar as instituições jurídicas, em especial, as instâncias judiciais, como estratégia privilegiada de ação, notadamente no que se refere à busca de concretização do direito à saúde (ASENSI, 2013, p. 813).

Essa estratégia parece atender, também, a uma necessidade institucional do próprio Judiciário, que busca legitimar-se a partir de um discurso retórico que exclui o voto popular como única via de acesso ao exercício legítimo do Poder¹¹. Essa legitimação, que se dá, *a priori*, pela estrita observância do procedimento de investidura estatuído no texto constitucional, não é excludente, evidentemente, de uma estratégia adicional por meio da qual os membros do Judiciário tem buscado uma maior aproximação com o conjunto da sociedade, permitindo-se uma atitude dialógica¹² em face das aspirações sociais mais relevantes, panorama este em parte corroborado por Asensi quando coloca que:

[...] Quando mais se acreditou que o Judiciário seria um ator privilegiado na efetivação da saúde, maior foi seu fortalecimento institucional interno (de forma corporativa) e externo (com a judicialização da saúde). As esferas representativas ou participativas que se constituíram na saúde passaram a conviver com a esfera judicial, que ocupou um espaço privilegiado – apesar de não exclusivo – na efetivação do direito à saúde. (ASENSI, 2013, p. 813).

Todavia, a objeção mais frequente à judicabilidade dos direitos sociais reside naquela formulada sob a denominação de “*reserva do possível*”. Essa dimensão econômica está na raiz da doutrina que considera, diferenciadamente, os direitos sociais no conjunto dos direitos fundamentais, em relação aos quais a *reserva do possível* passa a constituir limitação imanente, de forma que o Estado só estaria obrigado a realizá-los na medida em que dispusesse dos recursos orçamentários necessários a sua implementação no mundo dos fatos (NOVAIS, 2010, p. 91).

Isso não quer dizer, evidentemente, que os tradicionais direitos de liberdade possam ser garantidos sem ônus para o Estado. Pelo contrário, no mundo da vida, os direitos de liberdade estão tão dependentes das disponibilidades financeiras do Estado quanto à realização fática dos direitos sociais; além disso, os próprios direitos sociais acabam por se constituírem pressupostos fáticos do exercício dos direitos de liberdade, pois como parece elementar:

¹¹ Tema exposto com maior detalhamento no capítulo 1 deste artigo.

¹² Daí porque no Brasil caminhou-se de um “fechamento” judicial para a judicialização radical, enquanto em Portugal verificou-se fenômeno inverso (ASENSI, 2013, p. 810).

Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. *A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais.* A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais (CANOTILHO, 2008, p. 252).

Não obstante, a questão ganha contornos característicos quando se considera que, em relação aos direitos sociais, a “reserva do possível” invade o próprio plano jurídico, ou seja, é o próprio direito que está intrinsecamente condicionado pela “reserva do possível”, e não apenas as condições de sua efetividade social ou da sua realização otimizada, como se dá com os direitos de liberdade, conjuntura em que:

[...] a “reserva do possível” invade o próprio plano normativo do direito social quando o seu objeto a título principal se traduza, como dissemos, numa prestação financeira ou numa prestação fáctica directa ou imediatamente convertível em prestação financeira. (NOVAIS, 2010, p. 100).

Por conseguinte, num cenário de *escassez moderada de recursos* de que o Estado pode dispor, comum nas economias subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, há sempre esse condicionamento inevitável: a obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social encerra um dever jurídico dependente do respectivo custo. Esta restrição, sintetizada na expressiva locução *reserva do financeiramente possível*, implica na definição de prioridades, na realização de escolhas e opções políticas na seleção e distribuição de recursos públicos sempre escassos e insuficientes para atender ao cipoal de necessidades e interesses individuais de acesso a bens econômicos, sociais ou culturais.

Neste contexto, claro está que a implementação dos direitos sociais, levada a cabo pela via jurisdicional, não pode olvidar as limitações orçamentárias do respectivo ente público, sob à égide da *reserva do financeiramente possível*. Entretanto, pontua-se que esta objeção não pode servir de uma válvula de escape, um salvo-conduto que possibilite aos agentes do Estado desprezar as prestações sociais já definidas na Constituição Federal, ou na legislação complementar correspondente, sob a pura e simples alegação de ausência de recursos, sem que se demonstre ao órgão jurisdicional e, em especial, aos jurisdicionados, o efetivo e inescusável comprometimento das finanças públicas – e políticas governamentais atinentes - em caso de

deferimento de determinada medida jurisdicional que implique alocação de recursos públicos vultosos.

3. Critérios de justiciabilidade do direito à saúde

A possibilidade de acionar o poder judicial por iniciativa e no interesse individual constitui o próprio cerne da existência de *direitos*. Negar essa possibilidade sob o argumento de que há outros que não recorreram à via judicial implicaria negação da própria qualidade de *direito* aos direitos sociais (NOVAIS, 2010, p. 121).

Destarte, a questão que se coloca é, portanto, a seguinte: quais critérios podem ser adotados para que a judicialização da saúde não tenha como efeito colateral o desarranjo institucional, comprometendo as finanças públicas e, em última instância, os serviços de saúde devidos ao conjunto da sociedade?

Para Novais, em face da objeção da *reserva do possível* pelos entes estatais, não caberia ao juiz apurar se há ou não recursos disponíveis, tampouco proceder à definição de prioridades na distribuição de recursos. No entanto, entraria na esfera de atuação judicial apreciar se a alegada dificuldade financeira é suficientemente relevante, do ponto de vista do interesse público, para afastar ou fazer ceder a pretensão individual, e, ainda, se o procedimento seguido pelo poder público para chegar à decisão de prioridades, bem como a respectiva fundamentação, não merecem censura jurídico-constitucional (NOVAIS, 2010, p. 117).

Resta evidente, assim, que o conceituado jurista português é partidário de uma atuação autocontida do Poder Judiciário, deferente com as escolhas e opções políticas legitimamente levadas a cabo pelos demais poderes de Estado, na mesma linha preconizada por Barroso (2009a, p. 22-23) pela qual juízes e tribunais, sem descuidar do papel fundamental de guardiões da Constituição e da observância das leis, devem exercer o controle das atividades dos demais poderes com a máxima cautela de não incorrer em usurpação de competência, uma vez que:

[...] há, apesar e na estrita observância do princípio da separação de poderes, um espaço ou uma margem de apreciação judicial da *questão financeira*, eventualmente infirmando as decisões de legislador e administração, ainda que essa margem seja delimitada pela mesma autocontenção, mas também pelas mesmas possibilidades que também assomam no controle das restrições ao direito de liberdade. (NOVAIS, 2010, p. 117).

A propósito, destaque-se que questão do *risco premente* também está no centro da “*tesis cognoscitiva de los derechos*” arquitetada pelo constitucionalista andino Rodolfo

Arango, para quem “*La urgencia de una situación activa la exigibilidad de los derechos fundamentales*”. (ARANGO, 2004, p. 127).

Neste sentido, Arango sustenta que o aspecto crucial que torna possível a intervenção controlada, objetiva e racional do juiz constitucional¹³ em matéria de reconhecimento de direitos sociais fundamentais, sem que se caia na tentação de substituir-se ao legislador, convertendo-se em um poder totalitário, tem a ver com a aplicação de *principios objetivos* que eliminem qualquer possibilidade de arbitrariedade. Um desses princípios seria, exatamente, o da *urgência*, o que implica, nas palavras do próprio autor, em:

[...] la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales a partir de una tesis cognoscitiva de los derechos. Esta tesis coloca a la urgencia como constante fundamental para su reconocimiento por los jueces según la situación concreta de la persona que invoca su violación. (ARANGO, 2004, p. 126).

Segundo o seu autor, a *tesis cognoscitiva de los derechos* refuta o *maximalismo moral* porque conduziria, necessariamente, a alguma forma de autoritarismo, diferentemente do que se dá em relação ao seu oposto, o *minimalismo moral*, que deixa suficiente espaço à autodeterminação da pessoa humana. Esse *minimalismo moral* seria compatível, em matéria de reconhecimento dos direitos sociais fundamentais, com o *maximalismo político*, a implicar num desejável *minimalismo judicial*, na razão de que a estratégia judicial não deve substituir a estratégia política, sob pena de judicializar e estatizar a reivindicação dos direitos sociais¹⁴, o que seria contraproducente (Arango, 2004, p. 131-132). O *minimalismo judicial* é perfeitamente defensável na medida em que:

[...] tiene sentido que las instancias de representación democrática tengan la tarea de fijar prioridades y distribuir recursos materiales en la sociedad según propósitos ideológicos y metas sociales específicas. Ninguna Corte Constitucional puede sustituir la instancia de autodeterminación política que expresa la diversidad de pensamiento y formas de vida. Una realización máxima de los derechos fundamentales por vía judicial dejaría poco, o casi

¹³ Em nosso sistema, do conjunto de membros do Judiciário, já que todos os juízes – e não apenas os constitucionais – são chamados a decidir, quotidianamente, sobre o direito à saúde, realizando o controle difuso de constitucionalidade, quando é o caso.

¹⁴ Colonizando o direito à saúde a uma determinada classe socioeconômica (ASENSI, 2013, p. 813) hábil no manejo dos instrumentos jurídicos-processuais, em detrimento de políticas públicas direcionadas ao conjunto da sociedade, especialmente das classes mais desfavorecidas.

nada, para decidir al ámbito legislativo. [...] La imposición de un maximalismo moral por vía de un maximalismo judicial sería como querer ordenar la felicidad humana por sentencia judicial. (ARANGO, 2004, p. 133).

Como se constata, o modelo consequencialista de reconhecimento dos direitos fundamentais está no âmago da *tesis cognoscitiva de los derechos*, o que, nas palavras do próprio autor, está:

[...] Lejos de convertir a los jueces constitucionales en moralistas autoritarios, el reconocimiento objetivo de derechos sociales fundamentales permite corregir situaciones extremas que afectan a sectores marginados o discriminados, con lo que constituye en pieza importante de una teoría constitucional adecuada para países caracterizados por profundas desigualdades sociales. (ARANGO, 2004, p. 138).

Donde se concluir que, embora partindo de enfoques diversos, os autores pesquisados comungam da ideia de que se faz imprescindível um *minimalismo judicial* em matéria de justiciabilidade dos direitos sociais fundamentais, em cujo espectro os juízes devem respeitar as opções políticas e as prioridades legitimamente traçadas pelos agentes políticos do Estado, preservando o frágil equilíbrio entre intervenção judicial e liberdade de ação dos poderes políticos, sob pena de grave comprometimento do regime democrático¹⁵.

4. Espelho da judicialização da saúde na jurisprudência do STJ e do STF

Para verificar-se a aplicabilidade prática dos critérios de judicialização da saúde ora discutidos, optou-se pela realização de pesquisa nos acervos jurisprudenciais do STJ e STF hospedados nos respectivos *sites*.

No sítio do STJ¹⁶, a pesquisa contemplou o período de 01 ano: de 23/06/2015 a 23/06/2016¹⁷. Já no sítio do STF¹⁸, por registrar um número menor de decisões, a pesquisa compreendeu os 2 últimos anos: 21/06/2014 a 21/06/2016¹⁹.

¹⁵ Pois, como adverte Dworkin: [...] Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas. (DWORKIN, 2005, p. 30).

¹⁶ Endereço eletrônico: www.stj.jus.br

¹⁷ Mediante busca livre da palavra “saúde” no Portal de Jurisprudência daquele Tribunal, foram localizados 1.174 (um mil, cento e setenta e quatro) acórdãos abordando os mais variados assuntos ligados ao tema saúde.

¹⁸ Endereço eletrônico: www.stf.jus.br

¹⁹ Mediante busca livre da palavra “saúde” também foram localizadas as mais variadas decisões sobre o tema saúde.

Ressalte-se que foram catalogadas, apenas, decisões específicas sobre judicialização da saúde pública no Brasil, as quais foram agrupadas nos seguintes tópicos:

Temática	STJ Quantidade	STF Quantidade
▪ Responsabilidade solidária das três esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal) pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares no âmbito do SUS	62	30
▪ Fornecimento de medicamentos/equipamentos e/ou materiais médico-hospitalares previstos e não previstos na Lista do SUS, inclusive de alto custo	98	54
▪ Fornecimento de medicamento não homologado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)	3	3
▪ Realização de procedimento cirúrgico	2	18
▪ Bloqueio de verbas públicas e a imposição de multa diária para compelir o cumprimento da obrigação de fazer	8	0

Desse conjunto de decisões do STJ/STF, identificou-se um elemento comum: a prática de se atribuir concretude ao direito à saúde mediante a aplicação direta e imediata da norma positivada no art. 196 da CFB/1988, inclusive sem maior preocupação com as implicações financeiras da decisão, mesmo nos casos que envolviam pedidos de medicamentos e/ou tratamento de altíssimos custos para o erário.

Os principais aspectos veiculados na pesquisa serão, a seguir, abordados de forma especificada.

4.1 Fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS

Uma considerável quantidade de decisões diz respeito ao fornecimento de medicamentos não contemplados na lista do Sistema Único de Saúde (SUS)²⁰.

Nos casos concretos em que teve de se pronunciar, o STJ ratificou as decisões das instâncias ordinárias que impuseram ao ente público demandado a obrigação de fornecer o medicamento reclamado pela paciente, a despeito de sua não inclusão na lista do SUS, afirmando que:

²⁰ Barroso entende como inadequada a revisão dessa lista em sede de ação individual, sem prejuízo de sua ampliação, revisão e atualização ser discutida em sede de ação coletiva. (BARROSO, 2009b, p. 49).

A alegada circunstância de que o medicamento *Lantus* não consta da lista de medicamentos do SUS deve ceder lugar às afirmações do médico que a acompanha, quando afiança que todos os tratamentos disponibilizados pela rede pública e já ministrados à menor mostraram-se ineficazes no combate aos vários episódios de hipoglicemias graves, com perda de consciência e crises convulsivas por ela sofridas. (STJ, 2016a).

Trata-se, inclusive, de jurisprudência pacífica no âmbito do STJ, conforme se extrai do seguinte acórdão;

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que é possível "o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS mediante Protocolos Clínicos, quando as instâncias ordinárias verificam a necessidade do tratamento prescrito" (AgRg no AREsp 697.696/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 26/06/2015 (STJ, 2016d).

Idêntico entendimento é perfilhado pelo STF conforme se extrai do excerto da ementa do seguinte *decisum*:

O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. (STF, 2016a).

Há, todavia, decisões do STJ condicionando o fornecimento do medicamento à necessidade de sua *prescrição por médico vinculado do SUS*, conforme se extrai do seguinte julgado:

[...] No caso, a decisão ora agravada deu provimento ao Recurso Especial do Ministério Público Federal, "para restabelecer, em parte, a sentença, a fim de determinar que os réus forneçam, de forma solidária, gratuitamente, a todos os pacientes portadores de osteoporose severa ou secundária, residentes no Município de Joinville/SC, o fornecimento do medicamento TERIPARATIDE (Forteo®), desde que apresentem laudo fundamentado, assinado por médico vinculado ao SUS, atestando ser aquele imprescindível ao tratamento da doença". No mesmo sentido, em casos análogos: STJ, AgRg no REsp 1.550.053/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 10/12/2015; STJ, REsp 1.350.169/SC, Rel. Ministra Marga Tessler (Desembargadora Federal Convocada do TRF/4ª Região), Rel. p/

acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 06/08/2015; STJ, REsp 1.344.700/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 20/05/2014 (STJ, 2016e).

Esta posição do STJ não deixa de ser conflitante, na medida em que admite o fornecimento de medicamentos *não incorporados ao SUS mediante protocolos clínicos*, ao mesmo tempo em que condiciona o fornecimento de medicamentos a apresentação de laudo emitido por médico vinculado ao SUS, donde se questionar se os médicos do SUS tem a necessária autonomia para prescrever medicamentos não disponibilizados pelo respectivo órgão, o que não deixa de ser mais um elemento de incerteza jurídica no moveido terreno da saúde pública no Brasil.

Já em situações excepcionais, tanto o STJ quanto o próprio STF²¹ vem admitindo decisões que obrigam o Estado a fornecer medicamentos ainda não homologados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a exemplo do seguinte aresto do STJ:

[...] No caso, o fornecimento dos fármacos não registrados na Anvisa foi autorizado pela Corte de origem, em razão das circunstâncias excepcionais dos autos, que envolve o tratamento de moléstia grave de criança, a inexistência de qualquer outro tratamento pelo SUS, a inviabilidade da realização de transplante de fígado, o fato de os medicamentos serem amplamente aprovados por agências reguladoras estrangeiras e pela comunidade científica internacional, além de sua comprovada eficácia em cerca de 90% dos casos. (STJ, 2016f).

4.2 Legitimidade solidária dos três níveis de governo

Outro tema que tem dominado o debate, tanto no STJ quanto no STF, refere-se à solidariedade dos três níveis de governo (Federal, Estadual e Municipal) como sujeitos passivos nas demandas envolvendo o direito à saúde no âmbito do SUS, sendo as 92 (noventa e duas) decisões catalogadas uníssonas no seguinte direcionamento:

1. É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a

²¹ [...] Direitos Fundamentais Sociais. Direito à Saúde. Sistema Único de Saúde. Fornecimento de Medicamento Indispensável para o Tratamento de Doença Genética Rara. Medicação sem Registro na ANVISA. Não Comprovação do Risco de Grave Lesão à Ordem e à Economia Públicas. Possibilidade de Ocorrência de Dano Inverso. Agravo Regimental a que se nega Provimento (STF, 2015).

União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto.

2. O legislador pátrio instituiu um regime de responsabilidade solidária entre as pessoas políticas, para o desempenho de atividades voltadas a assegurar o direito fundamental à saúde, que inclui o fornecimento gratuito de medicamentos e congêneres a pessoas desprovidas de recursos financeiros para o tratamento de enfermidades.

3. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos. (STJ, 2016b).

4.3 Medidas coercitivas para efetivar o cumprimento da obrigação de fazer

Além do conflito de interesses instalado entre a Administração e o administrado, o Judiciário se vê compelido a lidar, no movediço terreno da *judicialização da saúde*, com outro tema não menos tormentoso: a malograda tendência dos entes públicos de resistirem aos comandos judiciais.

Para solucionar este impasse, a jurisprudência vem admitindo, a título de excepcionalidade, o bloqueio de verbas públicas e a imposição de multa diária, sendo as decisões do STJ uníssonas na posição seguinte:

[...]. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ESTABELECIMENTO DE MEDIDA COERCITIVA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ.

[...] A Corte a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que é cabível o bloqueio de verba pública a fim compelir o demandado a cumprir obrigação de fazer ou de não fazer para assegurar a aquisição de medicamento no caso, em cumprimento a decisão judicial, e que cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões nesse sentido. Incidência da Súmula 568/STJ. Agravo interno improvido. (STJ, 2016c).

Ambas as questões foram, inclusive, enfrentadas e referendadas em sede de recursos repetitivos julgados sob o rito previsto no art. 543-C do CPC/1973 (RESP nº 1203244/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014 e RESP nº 1069810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013, respectivamente, tratando-se, portanto, de orientação jurisprudencial já consolidada em nosso sistema jurídico.

Essa forma indutora de assegurar o cumprimento de provimentos judiciais constitui um grande salto jurisprudencial, na medida em que supera a vedação legal à penhora de bens públicos - *prevista no art. 100 do CCB c/c o art. 832 do CPC/2015* -, considerando-se que o bloqueio de ativos financeiros do Estado tem, no fundo, o mesmo efeito da penhora de tais valores.

5. Conclusões

À guisa de conclusões, pode-se afirmar que os padrões de justiciabilidade dos DESC em geral, e do direito à saúde em particular, ainda não estão devidamente consolidados, constituindo, assim, fonte de fecundos debates.

De fato, como a justiciabilidade atua, aqui, num cenário conflituoso entre as necessidades do cidadão que reclama uma prestação social *versus* as limitadas possibilidades do Estado-provedor, exsurge o grande desafio de se harmonizar os interesses em jogo: solidificar a ideia de judicabilidade dos direitos sociais sem, todavia, comprometer o equilíbrio econômico e financeiro do País e, ainda, sem descuidar das balizas que delimitam o exercício legítimo dos poderes dentro de um arcabouço jurídico que constitui a própria essência de um Estado Democrático de Direito²².

Evidentemente que a judicabilidade da saúde deve ser concebida como uma exceção, e não como regra geral. É que o direito à saúde, tal como anunciado no texto constitucional, deve ser garantido através de políticas públicas – *que devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais* - a serem empreendidas no âmbito da Administração Pública, tendo-se em consideração as necessidades do conjunto da sociedade, e não de forma compartimentada em processos judiciais, com inevitáveis prejuízos aos princípios da isonomia e da eficiência.

²² Pois, como adverte Dworkin: [...] Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas. (DWORKIN, 2005, p. 30).

Ressalte-se, assim, não se é contra a judicabilidade do direito da saúde em si, até porque recusar a possibilidade de acionabilidade judicial ante a violação ou a simples ameaça a um direito seria o mesmo que negar-lhe a própria condição de *direito*, da mesma forma que recusar a procedência material da ação, com base em argumentos políticos²³, equivaleria a denegação de Justiça. Porém, o que causa angústia é a ausência de uma proposta metodológica imbuída de um vigor capaz de dar conta dos grandes desafios que o fenômeno da judicialização da saúde e sua crescente espiral têm suscitado, especialmente no Brasil.

É bem verdade que não faltam tentativas de se estabelecer, com a necessária precisão e objetividade, os pressupostos fundamentais que orientariam a justiciabilidade dos DESC. No entanto, a experiência tem demonstrando que as construções teóricas até aqui idealizadas mostraram-se incapazes de dar conta da enorme complexidade que o tema suscita.

Com efeito, em razão do condicionante financeiro que afeta, intrinsecamente, o próprio plano normativo dos direitos sociais, claro está que a problematização de sua concretização prática não pode ser restringida, exclusivamente, ao plano normativo, transbordando para o mundo da realidade fática e da efetividade social das normas jurídicas, sem perder de vista que uma coisa é garantir, juridicamente, um direito a todos os cidadãos, outra coisa é criar as condições fáticas, reais, que permitam a todos o acesso ao bem protegido pelo direito (NOVAIS, 2010, p. 98). Assim, claro está que a concretização dos direitos sociais em geral, e da saúde em particular, está intrinsecamente condicionada, em relação de estrita interdependência, ao desenvolvimento econômico e social do País, sem cujas condições sua efetividade social não passará de uma quimera, donde se concluir que o problema para realização dos direitos humanos:

[...] não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. (BOBBIO, 2004, p. 43-44).

Neste sentir, a judicialização da saúde, para quem e além de um movimento de reivindicação de direitos sociais, constitui, *grosso modo*, uma estratégia privilegiada de determinada parcela da população que enxerga no processo judicial uma válvula de escape, uma

²³ Argumentos políticos são aqueles baseados no objetivo, em contraste aos argumentos de princípios, baseados no direito. (DWORKIN, 2005, p. IX).

espécie atalho que lhes permite usufruir dos serviços de saúde livres de quaisquer injunções, sejam elas de ordem financeira, sob a condicionante da “reserva do possível”, sejam de ordem preferencial, eletiva, etc.

Neste panorama, se resiste à tentação de propor soluções simplórias e/ou mágicas para à tormentosa questão da judicialização da saúde; as primeiras porque se verificariam fatalmente ineficazes; as segundas porque não passariam de uma miragem no já conturbado horizonte da saúde pública no Brasil; caberá, assim, à própria sociedade brasileira encontrar, pelo penoso percurso da experiência, as soluções para os grandes desafios que afetam o setor da saúde pública.

Com efeito, ao fim e ao cabo, o que espera os gestores públicos, os atores judiciais e a própria sociedade é um longo caminho de idas e vindas, avanços e retrocessos, conquistas e derrotas, pois, como já sentenciara Bobbio, [...] *a história da humanidade, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas concernentes à plena concretude dos direitos humanos, talvez ainda esteja apenas começando* (2004, p. 44).

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Organização e Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Bogotá: 2004.

ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: *Physis* Revista de Saúde Coletiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Madrid: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. nº 13, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Manuel%20Maria/Downloads/Lu%C3%ADs.Roberto.Barroso.AIBJC13%20(2).pdf>. Acessado em: 20.set.2016.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Belo Horizonte: *Jurisp. Mineira*, a. 60, nº 188, p. 29-60, jan/mar-2009. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acessado em: 20.set.2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 2ª ed.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, 2ª ed.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, 7ª edição, revista e atualizada.

COURTIS, Christian. *Crítérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Explicação*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*; trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira Lago. *A jurisdição constitucional no Brasil: uma história em construção*. Publicado em: 12/11/2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisdiacao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao>>. Acessado em: 20.set.2016.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, 13ª ed.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais; Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo, 2008, IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), ano 11, nº 22.

STF, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 820.910*. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 26/08/2014, Processo Eletrônico DJe-171, publicado em 04-09-2014.

STF, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 926469*. Rel. Ministro Roberto Barroso, 1ª Turma, julgado em 07/06/2016, Processo Eletrônico DJe-128, publicado em 21/06/2016.

STF, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 592581*, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, DJe-018, Publicado em 01-02-2016.

STF, Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 592581*. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, DJe-018, publicado em 01-02-2016.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1068105/RS*. Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, julgado em 23/06/2016, DJe 30/06/2016.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 852.363/MG*. Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 879.520/MG*. Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1584514/RN*. Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 30/05/2016.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1476288/SC*. Relª. Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, julgado em 05/05/2016, DJe 13/05/2016.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1502239/PR*. Relª. Desª Convocada Diva Malerbi, 2ª Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 26/02/2016.