

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

FERNANDO DE BRITO ALVES

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçtiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto; Fernando de Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-223-1

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

1. A ANÁLISE DA LETALIDADE DA COVID-19 NO ESTADO DO PARÁ COMO INDICATIVO DE EQUIDADE NA SAÚDE - José Claudio Monteiro de Brito Filho, Peterson Pedro Souza E Sousa, Laís de Castro Soeiro. Comparou dados da COVID/PA com outros estados. Taxa de letalidade do PA está em 4,2%, considerada alta. Concluiu-se que mortes poderiam ter sido evitadas se houvesse uma gestão melhor e uma estrutura melhor.
2. A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PANDEMIA DA COVID-19 - Caroline Fockink Ritt, Luiza Eisenhardt Braun. O SUS é fundamental para a população mais pobre. Resultados: taxa de letalidade da COVID no Brasil, para pretos /pardos, é mais alta do que para brancos.
3. DIREITO À SAÚDE VERSUS ECONOMIA: REFLEXOS DA EC N° 95 APÓS A INSTALAÇÃO DA PANDEMIA OCACIONADA PELO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL - Rogério de Miranda Ciqueira. Visualizou a questão da aplicação de valores mínimos na saúde (EC 29/2000). Há mais demanda que oferta no SUS, e os estados estão limitados pela LRF.
4. A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU) COM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL - Álvaro Russomano Goñi. NÃO HOUVE APRESENTAÇÃO
5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM FACE DA OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO - Davi Pereira Remédio, Tiago Pereira Remédio, José Antonio Remédio. Análise da efetivação dos DDF. Direito à saúde é DF, assegurado pelo Estado (196, CF). Poder Judiciário deve atuar de acordo com a CF, protegendo a dignidade da pessoa humana.
6. A JUSTICIABILIDADE DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS NAS JURISCLTURAS DO BRASIL, COLÔMBIA E ÁFRICA DO SUL - Edinilson Donisete

Machado, Alessandra Brustolin. Verificar experiências destes países com a judicialização. O próprio STF estimula a judicialização. Na África do Sul, a Suprema Corte adotou uma visão mais utilitarista e restrita do direito à saúde.

7. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO - Adriano Fernandes Ferreira, Ana Raquel Martins Grangeiro. O recurso público à saúde é escasso e mal empregado. O SUS é fundamental na pandemia. AM tem 62 municípios, com 40 por acesso exclusivamente por barco. O atendimento é precário. Não há UTI no interior do AM. O direito à saúde é transnacional.

8. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO COMBATE AO COVID-19 NO MUNICÍPIO DE BELÉM NO QUE TANGE A TRANSPARÊNCIA DE INFORMAÇÃO E O SEU MONITORAMENTO - Patricia Lima Bahia Farias Fernandes, Ricardo Santiago Teixeira. O fluxo de recursos geridos na COVID 19 é colossal. É necessário avaliar e fiscalizar esses gastos, o fluxo de informações é falho. Belém foi a pior cidade em transparência nas informações.

9. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL - Yasmin Sales Silva Cardoso, Arianne Brito Cal Athias. A cláusula da reserva do possível não pode impedir a efetividade de políticas públicas. O direito à educação não é viabilizado pelo poder público e a cláusula da reserva do possível é sempre arguida pelo estado.

10. A EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: QUE INDIVÍDUOS QUEREMOS FORMAR? - Ivan Dias da Motta, Yasmine De Resende Abagge. Tecnologia na educação. Falta treinamento aos professores. A educação se manifesta em várias dimensões, tecnologia é apenas uma ferramenta. O foco deve ser formar cidadãos.

11. DA DOR NO CORPO À DOR NA ALMA: AS MARCAS DEIXADAS PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - Eduardo Ritt, Aline Kurz. A violência doméstica é silenciosa. O Brasil foi punido internacionalmente, o que estimulou a criação da Lei Maria da Penha. A violência física é normalmente precedida de xingamentos.

12. A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL INFANTO ADOLESCENTE - Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, Karyta Muniz de Paiva Lessa. Gestão das políticas públicas são fundamentais, mas demandam participação da sociedade em prol das crianças e adolescentes.

13. DIREITO À MORADIA E AS POLÍTICAS HABITACIONAIS BRASILEIRAS - Frederico Leão Abrão, Andrea Abrahao Costa. Direito à moradia não é sinônimo de casa própria. Há outros caminhos. O déficit habitacional tem um viés muito econômico, muito voltado ao empreendedor. O tema é multidisciplinar, envolve várias áreas.

14. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O CUSTO POLÍTICO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA - Joaquim Carvalho Filho. A judicialização é circunstancial e o ativismo também. A politização é algo mais permanente. O STF influencia todo o sistema jurídico, disseminando posturas pouco técnicas.

15. O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO DE INGRESSO DE ESTRANGEIROS NO TERRITÓRIO NACIONAL - Valmirio Alexandre Gadelha Junior, Hannah Torres Danciger. O interesse público deve sobrepujar o privado. O Estado de Necessidade Administrativo exige tratamento diferenciado para situações anormais, como a pandemia COVID 19. No caso da pandemia, não houve tratamento xenófobo com relação aos estrangeiros.

16. PANDEMIA E TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: REPENSANDO A REINserÇÃO DO TRABALHADOR RESGATADO A PARTIR DE UMA POLÍTICA EMANCIPATÓRIA - Vitor Hugo Souza Moraes, Cassius Guimaraes Chai. O trabalhador escravo precisa ser reinserido no mercado de trabalho. Prevenção: conversar sobre o trabalho escravo. Combate: identificar e agir em relação ao trabalho escravo. A reincidência das vítimas no trabalho escravo é alta, cerca de 50%.

17. EMPOBRECIMENTO SEM CAUSA DOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS - Rian Carlos Santanna. O regime de previdência dos servidores públicos deveria ser diferenciado e tratado em lei específica. Esse vácuo está empobrecendo o servidor aposentado.

18. TRANSIÇÃO DEMOGRÁFICA E IMPACTOS NO DIREITO DE APOSENTADORIA: UMA CRÍTICA AO ETARISMO - Vinícius Almada Mozetic, Mariana Carolina Lemes, Daniel Roxo de Paula Chiesse. O aumento da expectativa de vida está influenciando a concessão de aposentadorias. Os idosos não podem ser vistos como custos. Etarismo é a discriminação etária, tal como racismo ou sexismo.

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A JUSTICIABILIDADE DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS NAS
JURISCULTURAS DO BRASIL, COLÔMBIA E ÁFRICA DO SUL**
**THE JUSTICIABILITY OF EXPERIMENTAL MEDICINES IN JURISCULTURES
IN BRAZIL, COLOMBIA AND SOUTH AFRICA**

Edinilson Donisete Machado ¹
Alessandra Brustolin ²

Resumo

O artigo analisa a experiência de três países: Colômbia e África do Sul e Brasil, em relação ao Direito à saúde. Diante disso, surge o problema de pesquisa: como o tratamento das Cortes da Colômbia e África do Sul no caso da concessão de medicamentos experimentais podem contribuir com o Brasil? A hipótese é de que se nestes países a variação do índice de justiciabilidade decorreu do posicionamento das Cortes. Com a pesquisa foi possível concluir por indícios de que a postura adotada pelo STF, contribui para o agravamento da problemática da judicialização da saúde.

Palavras-chave: Direitos sociais, Direito à saúde, Supremo tribunal federal, Corte constitucional da colômbia, Corte constitucional da África do Sul

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the experience of three countries: Colombia and South Africa and Brazil, in relation to the Right to health. The research problem arises: how can the treatment of the Courts of both firsts in the case of the concession of experimental medicines contribute to Brazil? The hypothesis is that if in these countries the variation in the justiciability index was due to the position of the Cortes. With the research it was possible to conclude by indications that the posture adopted by the Supreme Court of Brazil, contributes to the worsening of the judicialization of health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Right to health, Federal court of justice, Constitutional court of Colombia, Constitutional court of South Africa

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP). Professor da Universidade Estadual Norte do Paraná – UENP (Jacarezinho – PR) do -UNIVEM (Marília – SP)

² Professora Universitária, mestranda no PPGD Direito UENP.

INTRODUÇÃO

Brasil, Colômbia e África do Sul tem como semelhança constituições democráticas recentes, que seguem períodos designadamente autoritários e, além disso, são signatários de instrumentos internacionais, aderindo à noção internacionalizada de saúde, vinculada à dignidade da pessoa humana. Entretanto, o impacto legal do direito à saúde, nos países, seguiu diferentes caminhos. Esses três países tiveram experiências diferentes no tratamento das demandas que envolvem o direito à saúde com relação ao fornecimento de medicamentos experimental, com experiências de baixa ou alta justiciabilidade.

A experiência colombiana de justiciabilidade de alta intensidade do direito à saúde dentro de seu sistema, motivou uma estrutura elaborada de litígios privados e uma nova consciência dos direitos à saúde. Na África do Sul, a experiência de baixa justiciabilidade apoiou intervenções judiciais limitadas apenas em cenários específicos de saúde, juntamente com algum espaço extrajudicial para negociar políticas de saúde. Já no Brasil, os dados coletados em pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2019, apontam para mais de 1 milhão de ações judiciais de saúde no país, sendo a demanda de medicamentos responsável pelo percentual de 73,86% dos casos, além de indicar que os obstáculos para solução do problemas estão sob o controle do próprio judiciário e são fruto da discricionariedade que gozam os vários tribunais, eis que não há um padrão comum seguido, o que restringe o uso dessas informações como fonte de pesquisa e, sobretudo de gestão da política judiciária, pendente ainda de uma solução eficaz.

Considerando as semelhanças existentes entre os três países e a situação atual enfrentada pelo Brasil – partindo-se do pressuposto que a judicialização da saúde, especialmente, no que tange à concessão de medicamentos experimentais existe e é um problema – e levando em conta as experiências colombiana e sul-africana, questiona-se: como o tratamento das Cortes da Colômbia e África do Sul no caso da concessão de medicamentos experimentais podem contribuir com o caso do Brasil? A hipótese é de que se nestes países a variação do índice de justiciabilidade decorreu do posicionamento das Cortes, no Brasil, isso pode ocorrer de forma similar. Assim, busca-se analisar estudos sobre a temática na experiência estrangeira, verificando e comparando os critérios utilizados nos três países, para examinar os efeitos da justiciabilidade nos sistemas brasileiro, colombiano e sul-africano e se a experiência estrangeira pode contribuir com

o problema da judicialização no território nacional.

O artigo se divide em três capítulos. O primeiro deles analisa o direito à saúde na CF/88 e a produção acadêmica de interpretação constitucional, demonstrando as dificuldades de se estabelecer o âmbito de proteção deste direito. Feito isso, segue-se a análise e crítica do posicionamento do STF, diante de suas repercussões no caso da saúde. O segundo capítulo, por sua vez, analisa a experiência estrangeira que decorre principalmente da postura adotada pelas Cortes Constitucionais, analisando-se como isso pode contribuir para o Brasil. Para o desenvolvimento da pesquisa serão utilizados os métodos dedutivo e comparativo.

2 O DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE CONSIDERADO E A ATUAÇÃO CONTRADITÓRIA DO STF NO JULGAMENTO DO RE 657718/2019 E REPERCUSSÕES

A primeira parte do trabalho tem como objetivo específico estabelecer a abrangência do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 (CF/88), por meio da análise da produção acadêmica nessa temática. Feito isso, é que se desenvolvem os demais objetivos específicos da segunda parte do capítulo que consistem em compreender como STF, órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro, percebe esse direito e as repercussões do comportamento da Corte. Para tanto, parte-se de alguns estudos que já foram realizados nesse sentido e constataram que o STF ocupa o papel principal no cenário da judicialização da saúde no Brasil.

Nos termos do artigo 6º da CF/88 dispõe que a saúde integra um conjunto de “direitos sociais”. Os direitos sociais são considerados segunda “geração”¹ de direitos fundamentais² e, por esse motivo, pode-se considerar que o direito à saúde, enquanto direito social é também, essencialmente, um direito fundamental, porque assim considera-se ter sido determinado pela CF/88. Os direitos sociais possuem características peculiares. Conforme sugere o próprio texto constitucional, dependem de ações do poder público para a sua garantia. É no campo da efetivação destes direitos que resultam as maiores preocupações.

¹Silva (2005) ressalta que é equivocada a utilização da terminologia “gerações” quando utilizada no sentido de sobreposição de uma geração à outra.

²Para uma compreensão aprofundada dos direitos fundamentais e todas as suas gerações tanto por uma perspectiva global quanto histórica, Silva (2005) promove uma análise detalhada da evolução dos direitos fundamentais.

Nos termos da CF/88 a saúde é instituída como um direito-dever, enquanto direito de todos e dever do Estado (NORONHA; PEREIRA, 2013). Mas o texto constitucional brasileiro ao longo dos artigos 194 e 196 a 200 não extrapola o mero campo de algumas pistas sobre o direito tutelado. Limita-se o texto constitucional a expressar algumas características sobre a proteção deste direito. Destas, destacam-se a *universalidade da saúde e dos serviços de saúde*, a *igualdade* no preceito de saúde para todos (sem quaisquer distinções) e a gratuidade dos serviços. Além disso, a CF/88 determina que recai sobre o Estado a responsabilidade pela garantia da saúde por meio de ações e serviços, sem delimitar especificamente o alcance dessa proteção.

Ocorre que essa definição tanto no que se refere à garantia do direito, como quando se reflete na expressão de “dever” é muito ampla. Por esse motivo, a simples leitura do texto constitucional não permite estabelecer a abrangência deste direito, sendo necessária a análise da produção de interpretação da Constituição para tentar compreender a sua lógica constitucional de proteção.

A análise do direito à saúde com base na construção acadêmica desenvolvida sobre o tema fez com se concluísse, em um primeiro momento, que o direito à saúde é protegido em seu “grau máximo” (SARLET, 2009; SARMENTO, 2009) e percebido tanto como um direito *individual* e quanto *coletivo* na ordem constitucional brasileira. Parece haver um consenso de que o direito à saúde, sobretudo diante da universalidade conferida pelo texto constitucional, deve ser tanto *individual* quanto *coletivamente* considerado.

A CF/88 confere aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, como é o caso da saúde, e reforça o papel do Judiciário ao consagrar a inafastabilidade da tutela judicial, fortalecendo a independência da instituição (SARMENTO, 2009, p, 107). Esse fenômeno é ainda mais frequente nos países em desenvolvimento – como é o caso do Brasil, Colômbia e África do Sul - e isso se deve à abertura constitucional e indeterminação semântica (predominância de princípios) destas constituições que geralmente não conduzem expressão clara do núcleo de direitos tutelados (SARMENTO, 2009, p. 99). O direito à saúde, por sua vez, encontra essas mesmas dificuldades.

O Poder Judiciário passou a ser demandado a decidir sobre a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das formas de expressão do poder estatal (DONIZETE, 2012). E, assim, a desempenhar um importante papel político no desenho institucional. Esta se tornou uma das problemáticas a serem enfrentadas pelo constitucionalismo

contemporâneo, especialmente, por seu impacto na formação de políticas públicas (SARMENTO, 2009, p. 99-100).

Apesar de parecer louvável a atuação do judiciário com relação ao fortalecimento dos direitos fundamentais sociais diante da abertura às demandas da sociedade há uma complexa problemática que é uma preocupação tanto jurídica, quanto política e institucional: a judicialização.

De acordo com Barroso (2018, p. 45) “*judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2018, p. 45). Segundo o autor, esse fenômeno representa a “[...] fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo” (BARROSO, 2018, p. 45).

A judicialização enquanto um *fato constitucional* por assim dizer, não põe fim à questão. E nesse sentido, pode-se dizer que há um consenso de que a atual postura do judiciário e especificamente do STF, tem gerado repercussões nas relações sociais, sobretudo quanto aos dilemas existentes em relação à efetividade das políticas públicas.

Apesar da defensável tese de que as políticas públicas não devem ser efetivadas pela via judicial diante da sua ofensa ao preceito democrático, rompendo com o princípio da igualdade e, assim, comprometer o princípio da igualdade (DONIZETE, 2012, p. 157), a questão é que a própria CF/88 confere aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata (art. 5º, p. ú, CF/88) e assim, a judicialização destes direitos se torna um problema que gera tantas dificuldades.

A judicialização da saúde é uma difícil questão vem sendo trabalhada pela academia sob diferentes vieses. Estudos tem como centralidade desde a formulação e aplicação das políticas públicas (VALLE, 2009; DALLARI & BUCCI, 2017) até os limites institucionais democráticos e constitucionais (DONIZETE, 2012; LIMA E FRANÇA, 2019) da atuação do judiciário.

Apesar da relevante importância destes aspectos, não é este o foco que se pretende estabelecer. Busca-se olhar para o direito à saúde e especificamente para a judicialização da saúde, a partir do posicionamento das Cortes e suas repercussões, com a finalidade específica de verificar se como as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com a experiência do Brasil.

O ponto de partida para essa abordagem, surge em razão de uma dicotomia apresentada por estudos que apontam, no caso do Brasil, para o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) como o “problema” e inclusive a “solução” para a questão da judicialização

da saúde (VASCONSELOS, 2020). No direito estrangeiro, estudos que analisaram a Colômbia e África do Sul também apontam para as Cortes Constitucionais destes países como principais atores na sua experiência de justiciabilidade.

Com relação ao Brasil, dados coletados por pesquisa encomendada pelo CNJ no ano de 2019 indicam que possivelmente os obstáculos para solução dos problemas relacionados à judicialização da saúde *estão sob o controle do próprio judiciário e são fruto da discricionariedade que gozam os vários tribunais*, eis que não há um padrão comum seguido, o que restringe o uso dessas informações como fonte de pesquisa e, sobretudo de gestão da política judiciária (INSPER, 2019) pendente ainda de uma solução eficaz.

Vasconcelos (2020, p. 102) vai além ao sustentar que a compreensão da judicialização da saúde passa pelo entendimento do comportamento (contraditório) do próprio STF: por um lado a Corte dá preferência à uma visão individualista das demandas da saúde (VASCONSELOS, 2020, p. 97), agindo como “parte do problema” (VASCONSELOS, 2020, p. 83) e, por outro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é seu braço administrativo, se volta para a dimensão estrutural e coletiva do tema (VASCONSELOS, 2020, p. 97), agindo como “gestor” da “solução” (VASCONSELOS, 2020, p. 83) ao empregar uma série de recomendações e monitorando aos Tribunais e magistrados nos casos que envolvem a demanda da saúde. Os mencionados estudos apontam para o STF como o principal ator no problema da judicialização da saúde.

A CF/88 inova e em muito também reflete uma tendência mundial de centralidade na pessoa que coloca sobre os ombros do Estado um *dever prestacional* de garantia desse direito. No caso do Brasil, a saúde foi estabelecida pela CF/88 de forma autônoma enquanto um direito *universal, gratuito e igualitário*, com o estabelecimento de um Sistema Único de Saúde (SUS) nesses termos, subsidiado pelos recursos da Previdência Privada, o que se considera uma inovação com relação às constituições anteriores.

Parece haver um consenso entre os autores de que o direito à saúde, sobretudo diante da universalidade conferida pelo texto constitucional, deve ser tanto individual quanto coletivamente considerado, mas ainda assim, não se define especificamente, a abrangência deste direito na CF/88.

Segundo Silva (2005), os direitos sociais e, neste caso o direito à saúde, devem ser garantidos em sua máxima amplitude possível, mas são passíveis de restrições. Para

o autor, essas restrições devem ser resolvidas por meio da proporcionalidade para conferir eficácia e efetividade às normas fundamentais.

Todavia, o direito à saúde, sobretudo por seu suporte fático amplo, é restringível e essas restrições devem ser aplicadas pelo intérprete no momento quando das decisões em casos difíceis. A aplicação da proporcionalidade, segundo Silva (2010, p. 77-83) confere ao intérprete a tarefa de definir constitucionalmente o que faz parte da essência de cada direito fundamental no caso concreto, isto é, considerando todos os fatores externos, fáticos ou jurídicos que influenciam na concessão deste direito. Assim, não deve o intérprete buscar a vontade do legislador, mas por meio da aplicação da “teoria externa” (SILVA, 2006, p. 36) definir o que prevalece no caso concreto.

A teoria externa pressupõe a distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. Nos termos defendidos por essa teoria “somente nos casos concretos, após o sopesamento, ou, se for o caso de aplicação da regra da proporcionalidade [restrição adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, é possível definir o que definitivamente vale” (SILVA, 2006, p. 40).

No momento da ponderação entre direitos e aplicação da técnica da proporcionalidade pelo judiciário, Silva (2010), apresenta um aspecto pouco considerado, mas que deve ser levado em consideração: a resolução de situações que envolvam direitos individuais e interesses coletivos depende da consideração e análise deste último fator pelo intérprete.

Não significa dizer que direitos coletivos se sobrepõem aos direitos fundamentais individuais e vice-versa, mas se existe uma precedência de direitos fundamentais individuais em face do interesse coletivo, ela é apenas *prima facie*, ou seja, válida nos casos de dúvida ou nos casos de razões igualmente boas para cada um dos lados da disputa (SILVA, 2013, p. 746).

Segundo Silva, “[...] juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas concedendo de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde [...] a todo aquele que recorrer ao judiciário” (SILVA, 2008, p. 588). Isso permite concluir que medicamentos experimentais, por esbarrarem em interesses coletivos não integram o âmbito de proteção do direito à saúde, com base na teoria de Virgílio Afonso da Silva.

Também o legislador se posicionou neste sentido. No de 2011 foi editada legislação buscando estabelecer o alcance dos princípios da universalidade e da integralidade dentro do SUS. A Lei 12.401/2011 (BRASIL, 2011) e o Decreto 7.508/2011

(BRASIL, 2011) que respectivamente alteram e regulamentam a Lei 8.808/90 - Lei do SUS (BRASIL, 1990) são editadas com o objetivo de traçar algumas balizas sobre a “integralidade” do SUS.

A Lei 12.401/2011 estabelece algumas regras no âmbito dos medicamentos. Em linhas gerais, a Lei estabelece que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas devem estabelecer os medicamentos ou produtos necessários para o tratamento de doenças e que os medicamentos são avaliados “quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade” (BRASIL, 2011).

Especificamente no que se refere aos “medicamentos experimentais”, objeto de estudo, o artigo 19-T (BRASIL, 2011) veda em todas as esferas de gestão do SUS o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico, a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Ocorre que a atuação do STF com relação às demandas que envolvem medicamentos experimentais tem se apresentado contraditórias. Por um lado, a Corte reconhece a constitucionalidade do artigo 19-T, mas, por outro, abre precedente para a justiciabilidade. No início do ano de 2019, STF, no julgamento do RE 657718, concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei 8.080/1990, mas admite a possibilidade de justiciabilidade e concessão deste tipo de medicação em casos específicos, desde que atendidos três requisitos específicos:

- I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;
 - II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
 - III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
- 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União. (STF, 2019).

As regras fixadas pelo STF colocam maior responsabilidade em todos os atores da judicialização da saúde e ante a carência de políticas públicas nessa área, em um cenário de desespero de pacientes que buscam tratamentos essenciais, acaba por restringir o direito à saúde.

As políticas públicas são destinadas para a concretização destes direitos no plano fático e dependem de disponibilidade orçamentária para tanto. Mesmo assim, a saúde em seu aspecto coletivo faz parte do que se pode denominar de limbo jurídico com embate pouco explorado.

Assim, a decisão do STF apresenta-se na contramão e por não raras vezes ignora os interesses coletivos que estão em jogo no caso da concessão de medicamentos experimentais. A Corte, por não querer se indispor perante a sociedade ou por ceder à pressão que exerce a indústria farmacêutica³ adota uma postura equivocada ao compreender o ativismo judicial como a melhor forma de proteger direitos sociais, especificamente, o direito à saúde.

Aqui também não se pretende discutir a (i)legitimidade do judiciário na criação de políticas públicas, mas avalia que a atuação judicial ainda que para complementação de políticas públicas desenvolvidas pelo poder executivo não é positiva, na medida em que a realização de direitos sociais implica em custos, ou seja, gastos públicos (SILVA, 2008, p. 593).

Não obstante, nos casos de omissão ou deficiência no agir do Estado que comprometa a eficácia de direito fundamental, o artigo 5º, §1º, da CF/88 ao conferir aplicabilidade imediata a estes direitos possibilita eles sejam reclamados perante o judiciário. Essa tutela jurisdicional consensualmente designada nos trabalhos produzidos sobre o assunto como positiva, mas isso não a afasta dos problemas decorrentes.

Além de consistir uma problemática local, a concretização do direito à saúde insere-se em uma esfera global de discussão. Para os que defendem o direito à saúde, abre-se o caminho para a criação de sistemas de saúde que respeitem os direitos e sejam mais justos. Já a oposição, argumenta que o seu entrincheiramento leva a uma expansão do poder judicial e a introdução de reivindicações individuais e curativas incomensuráveis (LEMAITRE; YOUNG, 2013, p. 180).

Em termos de judicialização, há ainda um longo caminho a ser percorrido e a questão está longe de ser totalmente solucionada, diante da diversidade de fatores consideráveis que estão envolvidos neste problema. Nesse sentido, o artigo não pretende esgotar as possibilidades de debate, mas contribuir com a caminhada ao realizar uma análise comparativa entre as jurisprudências do Brasil, Colômbia e África do Sul, analisando a atuação do judiciário destes países em matéria de saúde, a fim de verificar como essa experiência pode contribuir em âmbito nacional.

³O Judiciário Federal revelou-se um importante ator político e que esse não pode ser um fenômeno isoladamente considerado. Daí que a mudança na cultura de uma atual “sociedade da automedicação”, o crescimento da indústria farmacêutica no Brasil e o aumento da justiciabilidade de medicamentos, especialmente experimentais, enquanto fatores inter-relacionados, como vem sugerindo estudos recentemente publicados, devem ser levados em consideração para compreender e iluminar possíveis soluções para a judicialização da saúde no Brasil e seus reflexos.

2 UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS JURISCULTURAS E AS CONTRIBUIÇÕES DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA PARA O BRASIL NO CASO DOS MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS

Os direitos fundamentais em geral e, particularmente os direitos sociais, tem ocupado papel de destaque no cenário de discussão global, uma posição nunca antes alcançada no contexto da história constitucional brasileira.

A apresentação das experiências de outros países (respeitadas suas particularidades), contribui para o debate e possibilita um diagnóstico a partir do qual é razoável pensar possíveis soluções para as problemáticas enfrentadas em âmbito nacional.

Por estes motivos e diante de três fatores específicos considera-se que as experiências brasileira, colombiana e sul-africana de constitucionalismo de direitos sociais – especificamente no tratamento do direito à saúde, adequadas para comparação. Ressalvadas todas as diferenças entre o constitucionalismo dos três países e até mesmo da realidade social em que estão inseridos, não sendo abordados em razão da limitação que se impõe a esse estudo, não se afastando dessas diferenças, existem alguns pontos que permite a realização da análise comparativa.

Em primeiro lugar, os três países são signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e aderem à modelagem internacional que impõem um dever prestacional aos atores estatais de promoção da saúde. Segundo, suas constituições atuais passaram a existir alguns anos uma após a outra, depois de períodos de regime autoritário e foram conceituadas como constituições de "povos", uma vez que o processo de elaboração das Constituições do Brasil (1988); Colômbia (1991); e África do Sul (1996) decorreram da realização de Assembleias Constituintes que contaram com participação popular.

A "Constituição da República Federativa do Brasil de 1988" foi promulgada após a Assembleia Constituinte de 87-88, um fato político que simbolizou o fim de um período obscuro de restrição de direitos e garantias no Brasil importante na transição democrática que, não implicou necessariamente um processo de ruptura com a ordem constitucional anterior, mas, sobretudo, de mudança, com a abertura do debate para todos os setores da sociedade e todas as pautas; a "Constitución Política de Colombia de 1991"; e a "Constitution of the Republic of South Africa, 1996", decorreu, segundo o próprio memorando explicativo da Constituição, do "maior programa de participação pública já

realizado na África do Sul”, cujo texto consiste uma “[...] integração de ideias de cidadãos comuns, sociedade civil e partidos políticos representados dentro e fora da Assembleia Constitucional (ÁFRICA DO SUL, 1996). As constituições do Brasil e África do Sul “[...] também pretendiam trazer transformação simbólica e substantiva e promover democracias estáveis e inclusivas” (ROSEVAR, 2018, p. 152).

Em terceiro lugar, a semelhança na articulação formal do direito à saúde nos três documentos constitucionais, enquanto um direito cuja promoção é dever do Estado, reconhecida a sua relação direta com o direito à vida e o caráter de universalidade.⁴

Brasil, Colômbia e África do Sul lidaram de forma diferente com a questão que envolve os litígios de saúde. Nos países estrangeiros a “Sentencia T-760/2008” e o “Case CCT 32/97” são considerados *leading cases*⁵, decisivos na condução das experiências daqueles países a partir de então.

No caso do Brasil, o RE 271.286/2000, que para além do êxito dos chamados “ativistas da Aids” (BIHEL; PETRYNA, 2016, p. 177), representa uma dilatação da percepção constitucional de saúde com relação ao acesso a medicamentos, apesar de ser considerado um dos principais casos que envolvem o direito à saúde e sua matriz individual de atendimento, já foi objeto de análise de outros estudos que se debruçaram sobre os seus fundamentos e reflexos (BIHEL; PETRYNA, 2016, p. 177).

Há “[...] vários elementos particularizadores que se punham, que com o seu evocar repetido, foram se perdendo, numa zona de nebulosidade que culminou por subverter seu real sentido” (VALLE, 2009, p. 135) e esse é praticamente um consenso nas pesquisas realizadas sobre o assunto que se reflete e gera uma preocupação consubstanciada em números.

Um dos maiores desafios passou a ser o estabelecimento dos limites de atuação do Poder Judiciário frente ao problema que envolve a concretude dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Diferentes são os caminhos apontados para a solução da problemática, mas este não é, todavia, o objetivo do artigo.

Uma grande parcela dos trabalhos (SARLET, 2009; SARMENTO, 2009) tem sustentado uma posição dialógica interdisciplinar e interinstitucional⁶ entre os atores

⁴Essa afirmação é realizada sem se ignorar a substancial variação religiosa, econômica, social e política, que envolve os três países,

⁵Na tradução livre para o português “principais casos”.

⁶Cite-se por ordem cronológica os trabalhos desenvolvidos por Sarlet e Figueiredo (2008, p.19); Sarlet (2009, p. 34); Valle (2009, p. 147); Sarlet e Figueiredo (2013, p. 3251); Sarlet e Figueiredo (2014, p. 134). Bucci e Duarte (2017, *kindle*) avançam ao sugerir a criação de setores especializados para a promoção desse diálogo na busca pela efetivação do direito à saúde e para o desenvolvimento de coordenação de demandas

envolvidos. A maioria, todavia, sem estabelecer o que seriam esses “diálogos institucionais” ou como essa prática poderia ser aplicada. Este estudo propõe uma perspectiva diferente.

Conforme demonstrado na segunda parte do capítulo anterior, há fortes indícios de que a postura adota pelo STF reflete na judicialização da saúde no Brasil. Ou, pelo menos, que o posicionamento da Corte não contribui para a solução dessa problemática. Pelo contrário, ao não se posicionar de forma racional, a Corte abre espaço para novas demandas e coloca maior responsabilidade para os demais atores estatais, principalmente no caso da justiciabilidade de medicamentos experimentais.

Diante disso, propõe-se um estudo comparativo, com o objetivo de verificar se as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil. Com base em estudos acadêmicos realizados sobre os países estrangeiros, foi possível constatar que esses países possuem experiências diferentes no tocante à justiciabilidade do direito à saúde.

Concluiu-se em estudos anteriores que a Colômbia possui uma experiência de alta justiciabilidade, enquanto que a África do Sul, uma experiência de baixa justiciabilidade e que as Cortes Constitucionais destes países adotaram posturas completamente diferentes, o que pode ter contribuído para essa situação (LANDAU, 2018).

O direito à saúde foi consagrado na Constituição Política da Colômbia como um “[...] direito econômico, social e cultural, ou seja, um direito de segunda geração” (RAMIREZ, 2013, p. 199, tradução nossa). Todavia, nos primeiros anos que seguiram a promulgação da constituição esse direito não era reconhecido como um direito fundamental, mais tarde é que a CCC reconhece o status de fundamentalidade deste direito (RAMIREZ, 2013, p. 199, tradução nossa).

A Corte Constitucional da Colômbia, assim como o STF reconhece o direito à saúde como um direito subjetivo e justiciável, apoiado pela disponibilidade de uma ação tutela, que permite a qualquer indivíduo intentar uma ação por seus direitos fundamentais (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa). Ocorre que a experiência que sucedeu naquele país por ter a Corte adotado uma postura mais ativista com relação a este direito, abriu precedente para uma estrutura elaborada de litígios privados e uma nova consciência dos direitos à saúde.

estratégias do SUS.

Na Colômbia, a decisão T-760 da Corte Constitucional sobre o direito fundamental à saúde, proferida em 31 de julho de 2008, consolidou diretrizes centrais da interpretação judicial sobre este direito no país, delineando o seu âmbito de proteção, o papel desempenhado pelo “mínimo vital” na concretização deste direito, bem como a reformulação do marco regulatório e administrativo para o adequado acesso aos serviços de saúde, objeto e alcance do direito à saúde e seu financiamento para as pessoas sem capacidade econômica para custeá-lo, a partir dos princípios constitucionais da solidariedade, continuidade, integralidade e universalidade do acesso aos serviços de saúde (FUHRMAMANN, 2016, p. 147).

Todavia, o posicionamento da Corte, apesar de em um primeiro momento parecer como importante para a tutela do direito naquele país e de ter a Corte adotado posicionamento com o estabelecimento de critérios considerados razoáveis, acabou por contribuir com o agravamento da situação dando início a uma imensa rede de litígios individualizados por meio de ações de tutela e não colocou fim ao problema da judicialização (PRADA; CHAVES, 2018, p. 7 Apud ORJUELA; PARDO; ÂNGULO, 2015).

Young e Lemaitre (2013, p. 192, tradução nossa) ao analisarem essa situação, concluem que a experiência de justiciabilidade e privatização da saúde na Colômbia, atrelada à má administração do governo “[...] resultaram em um sistema que incentivava o aumento das despesas governamentais, que nem sempre se refletiam na melhoria da prestação de serviços de saúde.” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa). Segundo as autoras, talvez a maior preocupação que decorreu disso é a falta de crescimento nos serviços preventivos de saúde (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa).

Assim, da experiência colombiana, é possível perceber que a atuação da Corte Constitucional da Colômbia teve grande influência no caminho que seguiu a judicialização da saúde naquele país e que dessa postura decorreram inúmeros problemas. Atrelado a esse fator, não se pode ignorar o plano de fundo dessa situação: a crescente expansão e consolidação do mercado de saúde, sobretudo o mercado farmacêutico (PRADA; CHAVES, 2018, p. 8, tradução nossa, grifo nosso).

Na África do Sul, por outro lado, estudos indicam que, diferente do que ocorreu no Brasil e na Colômbia tem uma experiência marcada pela baixa justiciabilidade do direito à saúde (YOUNG; LEMAITRE, 2013; LANDAU, 2018, tradução nossa). Essa

experiência, segundo Landau (2018, tradução nossa) está relacionada à técnica utilizada pela Corte Constitucional da África do Sul.

A concentração dos litígios ocorreu na regulação dos preços, medicamentos e na prestação de serviços privados de saúde, geralmente conforme os princípios de direito administrativo. A Corte adotou a posição de que, com relação à indústria farmacêutica, o governo cumpre seu dever de proteger o direito de acesso aos serviços de saúde como um regulador, e não um prestador, desses serviços.

O tribunal também pressionou o legislador a regulamentar os cuidados de saúde. O requisito constitucional de legislar e regular advém não apenas das obrigações positivas decorrentes do próprio direito à saúde, mas também do dever explícito de proteger, além de respeitar e cumprir, os direitos constitucionais. Assim, ao que se verifica, a experiência de baixa justiciabilidade apoiou *intervenções judiciais limitadas apenas em cenários específicos de saúde*, juntamente com algum espaço extrajudicial para negociar políticas de saúde (LEMAITRE; YOUNG, 2013, p. 180).

O emblemático caso “Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)” na África do Sul, que envolveu a reclamação de um doente crônico e terminal que procurou diálise renal, um hospital público rejeitou o seu pedido com base em um processo de racionamento que favorecia pacientes com chances de recuperação a longo prazo. Soobramoney, por sua vez, sustentou que a recusa o privou de seu direito à vida e que seu tratamento médico era de emergência (ÁFRICA DO SUL, 1997).

O posicionamento da Corte Constitucional da África da Sul nesta situação é o que chama a atenção, vez que sustentou que a diálise renal, contrariamente ao argumento sustentado por Soobramoney era uma intervenção que prolongava a vida e não um tratamento corretivo imediato. Neste caso, a Corte Constitucional decidiu pela não concessão do tratamento a Soobramoney, admitindo, a trágica escolha subjacente ao caso e as implicações para pesar a vida de Soobramoney contra a vida de outras pessoas.

A Corte ainda ressaltou a escassez de recursos que o racionamento era uma realidade cotidiana, aceitando que a saúde pública deveria ser organizada para o bem-estar de todos. Percebe-se que a Corte Constitucional da África do Sul adotou uma orientação utilitária, apesar de codificada em a linguagem de direitos, aceitando que a saúde pública deveria ser organizada para o bem-estar de todos, e não tendenciosa para aqueles cujas reivindicações haviam conseguido chegar aos tribunais (YOUNG; LEMAITRE, 2013).

O julgamento do caso mencionado ocorreu em 1997, a Corte Constitucional da África do Sul e a Corte adotou uma orientação utilitária. Isso fez com que o país, ao longo dos anos tivesse uma experiência de baixa justiciabilidade de demandas relacionadas à proteção e promoção da saúde.

Das experiências da Colômbia e África do Sul é possível tecer algumas considerações que podem iluminar novos caminhos para se seguir visando a redução dos problemas que decorrem da judicialização da saúde em âmbito nacional.

A crescente judicialização da saúde no Brasil é normalmente percebida como um reflexo de políticas públicas ruins ou de investimentos insuficientes. Essa equivocada percepção tem como principal consequência a assumida tendência de grande parte dos juízes de pressupor que todas as demandas de saúde resultam de falhas do Estado.

Brasil, Colômbia e África do Sul são países signatários da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e aderem à noção internacionalmente estabelecida de saúde, tanto que, ressalvadas as suas particularidades, têm em comum a positivação deste direito em seu texto constitucional. Esse é, inclusive, um dos motivos pelos quais se trabalhou com uma análise da ordem jurídica que envolve o texto constitucional, jurisprudência e suas repercussões no âmbito desses três países.

Essas experiências estão relacionadas ao tratamento das Cortes no tocante à justiciabilidade deste direito. Brasil e Colômbia destaca-se pela experiência de alta justiciabilidade, mas o segundo país já vem adotando estratégias e ações para a solução da problemática o que parece ainda ser um futuro distante para o Brasil. A África do Sul, por sua vez, apresenta uma experiência de baixa justiciabilidade, sobretudo pelo posicionamento adotado pelo país.

A primeira vista é possível sustentar que as Cortes do Brasil e da Colômbia teriam contribuído para a promoção e tutela do direito à saúde. Todavia, em uma análise aprofundada foi possível que destas experiências seguiram uma série de outros problemas inter-relacionados e, no caso da Colômbia, mesmo quando a Corte adotou critérios considerados razoáveis, isso não deu conta de resolver o problema da judicialização da saúde naquele país. A Corte da África do Sul, por sua vez, considerou os interesses coletivos que se aplicavam ao caso da saúde e conseguiu gerenciar melhor a situação naquele país que, apesar de todas as suas dificuldades sociais e econômicas, apresentou uma experiência de baixa justiciabilidade.

Assim, verifica-se que o Brasil, apesar de todas as diferentes, segue um caminho similar ao caso da Colômbia e que os rumos da judicialização em âmbito nacional podem

estar sendo conduzidos pelo STF, de modo que a mudança de postura da Corte ao assumir a responsabilidade que lhe cabe em decidir e restringir direitos diante do interesse coletivo. Restringindo é que se aproxima de garantir a tutela mais ampla possível à saúde, possibilitando uma expectativa de maior investimento em políticas de prevenção ao invés de fomentar a farmacêutica, mesmo sob pena de perder a sua popularidade ou se indispor com a opinião pública. A Corte parece ter “teto de vidro” ao lidar com situações complexas quando deveria adotar uma postura técnica e coerente.

CONCLUSÃO

Considerando que este é o início de uma pesquisa que ainda segue em desenvolvimento, pode-se formular, nessa fase de trabalho, algumas conclusões parciais com base na bibliografia analisada e na produção escrita. A primeira delas é que os três países no seu contexto sócio-econômico são marcados por elevada desigualdade, tendo a promulgação das constituições analisadas ocorrido em cenários posteriores a períodos publicamente autoritários. Essas desigualdades refletiram em demandas judiciais de saúde nos três países, havendo variações de repercussões das decisões das Cortes Constitucionais de acordo com o posicionamento adotado.

O Brasil e a Colômbia possuem situações muito similares, a diferença é que a Colômbia passou por essa experiência há alguns anos atrás, enquanto que no Brasil apesar da judicialização não ser um fenômeno recente, ainda não se alcançou patamares de extrema gravidade como naquele país. Da experiência da Colômbia, verificou-se que a atuação da Corte Constitucional Colombiana foi determinante nos rumos que seguiu a judicialização da saúde e, conseqüentemente, de todos os problemas decorrentes. No caso do Brasil, há também indícios de que o posicionamento do STF é que contribuiu para os rumos da judicialização no âmbito nacional.

Em contraste ao que nos dois países mencionados, a experiência da África do Sul foi de baixa justabilidade deste direito, havendo indícios de que isso se deve ao posicionamento da Corte. Diante dessas conclusões preliminares conduzem à confirmação da hipótese proposta, denotando que, possivelmente, a solução para o problema da judicialização esteja sob as togas do próprio STF. Há evidências, de que restringir a justiciabilidade de medicamentos experimentais é contribuir para a solução da judicialização da saúde, portanto, o posicionamento da Corte é que teria influência direta nesse cenário.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL, The Constitution of the Republic of South Africa, 1996. As adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly.

África do Sul, 2012. Tradução livre. Disponível em: <https://www.cabri-sbo.org/pt/documents/the-constitution-of-the-republic-of-south-africa-1996>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BARROSO. L. R. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, v. 23, núm. 1, enero-marzo, 2016, p. 173-192. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=386144717011>. Acesso em 12 jun. 2020.

BRASIL, Decreto 7.508/2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jun. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Lei 12.401/2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 abr., 2011. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Lei+12.401%2F2011&rlz=1C1GGRV_enBR751BR751&oq=Lei+12.401%2F2011&aqs=chrome..69i57.317j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Lei 8.080/90. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

CCC. Sentencia T-760/08. *Corte Constitucional de Colombia*, Colômbia, 2008. Tradução livre, Disponível em:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCSA. Soobramoney v. Minister of Health. KwaZulu-Natal, Constitutional Court of South África. Tradução livre. África do Sul, 1997.

COLÔMBIA, Constitución Política de Colombia, 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Edición especial preparada por la Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura Centro de Documentación Judicial– CENDOJ Biblioteca Enrique Low Murtra –BELM. Tradução livre. Colômbia, 2016. Disponível em:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

DALLARI, M. P. D.; BUCCI, C. S. (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, *Kindle*.

FUHRMAMANN, I. R.; Direito Fundamental à saúde na Colômbia: perspectivas constitucionais a partir da jurisprudência da Corte Constitucional da República da Colômbia. REDES – Revista Eletrônica de Direito e Sociedade. vol. 4. n. 2. UnilaSalle: Canoas, nov. 2016.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (Coords). Conselho Nacional de Justiça, 2019.

LANDAU, D. South African Social Rights Jurisprudence and the Global Canon: A Revisionist View. In: R. Dixon & T. Roux (Eds.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments: A Critical Assessment of the 1996 South African Constitution's Local and International Influence*. Tradução livre. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 406-428. Disponível em:
<https://www.cambridge.org/core/books/constitutional-triumphs-constitutional-disappointments/south-african-social-rights-jurisprudence-and-the-global-canon-a-revisionist-view/CFA2443D465488FCF4DCA2809C6E7D53>. Acesso em: 20 set. 2019.

LIMA, Flavia, FRANÇA, Eduarda. Ativismo dialógico X Bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 31, 2019, p. 209-243.

MACHADO, E. D. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

NORONHA, J. C.; PEREIRA, T. R. Princípios do sistema de saúde brasileiro. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). *A saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde*. v. 3. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/ Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Disponível em:
<https://static.scielo.org/scielobooks/98kfw/pdf/noronha-9788581100173.pdf>. Acesso em 13 jun. 2020.

PRADA, C.; CHAVES, S. Health system structure and transformations in Colombia between 1990 and 2013: a sociohistorical study. Tradução livre, *Critical Public Health*, 2018. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/323887984_Health_system_structure_and_transformations_in_Colombia_between_1990_and_2013_a_socio-historical_study.

Acesso em: 16 set. 2020.

RAMIRES, E. C. *Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial*. Tradução livre. Revista de Derecho n. 40, Barranquilla, 2013. p. 198-225. Disponível em:

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/4855/3589>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ROSEVEAR, E. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. Tradução livre. *Revista de investigações constitucionais*. v. 5, n. 3, setembro/dezembro 2018.

Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60968/37522>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, D. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. 2009.

Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>.

Acesso em: 02 mar. 2020.

SILVA, V. A. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6, 2005, p. 541-558. Disponível em:

<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>.

Acesso em 10 mai. 2020.

SILVA, V. A. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, V. A. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, F. D. *et al.* (Orgs.). *Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 735-747.

SILVA, V. A. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p. 23-51. Disponível em:

https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em 12 nov. 2019.

SILVA, V. A. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. *Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002307976>. Acesso em: 10 dez. 2019.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 657718 MG - MINAS GERAIS, Relator:

Ministro Marco Aurelio. DJ: 03/06/2019. *Supremo Tribunal Federal*, Brasil, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 02 fev. 2020.

VALLE, V. R. L. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

VASCONSELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

YOUNG, K.; LEMAITRE R. J.; *The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa*. Harvard Human Rights Journal. Tradução livre. v. 26, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2920289. Acesso em: 10 set. 2019.