

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls

The judicialization of public policy and individual subjective right to health, the Theory of Distributive Justice by John Rawls

Urá Lobato Martins

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitaresh	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls*

The judicialization of public policy and individual subjective right to health, the Theory of Distributive Justice by John Rawls

Urá Lobato Martins**

RESUMO

O artigo realiza uma análise crítica sobre a questão da judicialização das políticas públicas que versam sobre o direito à saúde. Para tanto, será feita revisão da literatura com a finalidade de demonstrar as correntes doutrinárias sobre as possibilidades de fruição de tal direito, bem como será feita uma análise crítica dos precedentes do Supremo Tribunal Federal dos últimos 05 anos sobre a questão da judicialização desse direito fundamental. Ao final, será demonstrado que o direito à saúde gera ao cidadão o direito subjetivo de pleitear, de maneira imediata, o custeio de um tratamento médico, bem como fornecimento de determinado medicamento, de acordo com a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização justiça Distributiva. Políticas públicas.

ABSTRACT

The article presents a critical analysis on the issue of legalization of public policies that deal with the right to health. For this, the literature review in order to demonstrate the doctrinal trends of the possibilities for enjoyment of such rights will be made, as well as a critical analysis of precedents of the Supreme Court of the last 05 years on the issue of legalization of this fundamental right will be. At the end, it will be shown that the right to health generates the citizen's subjective right of audience immediately, the cost of medical treatment, as well as providing certain drug, according to the Theory of Distributive Justice by John Rawls.

Keywords: Right to health. Judicialization. Distributive justice. Public policies.

* Recebido em 20/09/2014
Aprovado em 01/12/2014

** Doutoranda em políticas públicas e formação humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogada. Bolsista da FAPERJ. E-mail: uramartins@ig.com.br

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 2º da Constituição Federal, os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem ser independentes e harmônicos entre si, cada um exercendo, de forma predominante, sua respectiva função típica.

A clássica divisão dos Poderes proposta por Montesquieu¹ preconiza que cada Poder teria uma função típica. Contudo, tal separação não é absoluta, principalmente quando há omissão estatal capaz de gerar ofensa a direitos fundamentais. Nesses casos, conforme determina Silva² deve ser utilizado o sistema de Freios e Contrapesos.

No caso brasileiro, evidencia-se uma constante omissão do Executivo em realizar seu papel por meio de políticas públicas e demais ações governamentais de saúde, razão pela qual o Judiciário acaba sendo utilizado em demasia. Ou seja, a tão almejada harmonia entre os Poderes não se sustenta atualmente.

Nesse contexto, a problemática reside no fato de que não basta a Constituição Federal estabelecer a saúde como direito fundamental, se não for feita uma interpretação capaz de garantir efetividade a tal direito, impedindo, assim, que o cidadão fique sujeito à atuação estatal, quase sempre insatisfatória.

A questão da saúde envolve a temática se tal direito seria subjetivo ou não. Dessa forma, sua concepção meramente de direito social, fruível somente coletivamente, significa impedir sua exigência individual, visto que o cidadão não teria direito subjetivo individual a uma prestação concreta do Estado, pois dependeria da efetivação de tal direito somente mediante políticas públicas.

Portanto, o dilema consiste em analisar se o direito à saúde gera para o cidadão o direito subjetivo de pleitear, de maneira imediata, o custeio de um tratamento médico, bem como fornecimento de determinado medicamento.

Para que seja realizada uma análise crítica da referida problemática, torna-se necessário analisar alguns pontos sensíveis ligados ao tema, quais sejam: O direito fundamental à saúde gera direito subjetivo ao cidadão de exigir a respectiva prestação estatal? A atuação judicial, no que tange à efetivação individual do direito à saúde, fere o Princípio da Separação dos Poderes? A teoria da reserva do possível pode ser utilizada para minimizar a fruição individual do direito à saúde, considerando a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls? É possível a edificação de uma concepção individual do direito à saúde, capaz de superar o entendimento de que o direito à saúde é um direito social de fruição apenas coletiva? Qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a questão?

Com o intuito de responder tais questões, será utilizada a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls, bem como outros referenciais teóricos que tratam o tema segundo uma perspectiva crítica.

2. CONTEXTUALIZANDO O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagra o direito à saúde em seu art. XXV, ao dispor que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar [...]”.

Nessa linha, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado e internalizado no Brasil através do Decreto n.591, de 6 de julho de 1992, determina em seu art. 12: “Os Estados-partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de

1 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

saúde física e mental”. Verifica-se que a referida norma menciona “mais elevado” nível de saúde e não “mínimo” de saúde, motivo pelo qual não merece prosperar a interpretação restritiva no sentido de considerar que o papel do Estado é de garantir o mínimo existencial.

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à saúde em seu art. 6º, sendo que seu art. 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Além disso, o art. 5º, §1º, determina que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação direta e imediata.

Através da leitura sistemática dos arts. 194, 196 e 198, da Constituição Federal – CF, destacam-se as seguintes características das políticas de saúde: universalidade da cobertura e do atendimento; direito ao acesso universal e igualitário; atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, dentre outras.

Em que pese o art. 194 da CF determinar como um dos objetivos da seguridade social, a “universalidade da cobertura e do atendimento”, na prática, embora o acesso aos serviços do SUS seja destinado a todos, não há universalidade de cobertura. Isso porque basta uma análise das demandas judiciais que tramitam, para que possa ser constatado que não há recursos materiais, nem humanos capazes de atender, em tempo hábil, às demandas de saúde.

Sobre a questão, Álvaro Ciarlini ressalta que, embora seja importante o critério de acesso universal à saúde, no mundo concreto as questões econômicas, financeiras, políticas, sociais, bem como burocráticas, acabam gerando justamente o resultado contrário, transformando tais políticas em exclusão social.³

É necessário diferenciar judicialização de ativismo judicial⁴. Segundo Barroso, “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”. No que tange ao ativismo judicial, este

expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.⁵

O referido autor aponta as seguintes causas da judicialização: 1) redemocratização do país; 2) constitucionalização abrangente e 3) a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.⁶

Werneck Vianna⁷ ressalta que a invasão do direito sobre o social ocorre justamente nos setores mais vulneráveis, fenômeno que foi intensificado em decorrência das reformas neoliberais. E prossegue:

Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado [...]

Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon.⁸

Quando há falência dos demais poderes, conforme leciona Ingeborg Maus, ocorre a ascensão do Judiciário como arauto, quase um mito religioso para a “sociedade órfã”.⁹

3 CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 263

4 Sobre as origens do termo “ativismo judicial”, recomendando: KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial activism*. California: Law Review, 2004.

5 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 17.

6 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 1-29.

7 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. p. 39-40.

8 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. p. 40.

9 A autora examina a expansão do controle normativo realizado pelo Judiciário Alemão, segundo o conceito psicanalítico da

Para que a questão em tela possa ser dimensionada quantitativamente, necessário mencionar os dados do Conselho Nacional de Justiça ¹⁰, atualizados até junho de 2014, os quais revelam a existência de 330.630 ações envolvendo a questão da saúde, sendo que os Tribunais Estaduais com o maior número de demandas são: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (113.953); Tribunal de Justiça de Minas Gerais (66.751); Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (46.883) e Tribunal de Justiça de São Paulo (44.690).

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, seguem abaixo os dados quantitativos sobre as demandas judiciais relacionadas à saúde, atualizados até junho de 2014, conforme Relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ¹¹:

Quadro 1 - Relatório de demandas judiciais do CNJ, 2014.

Tribunal Federal	1º Grau	2º Grau	Total
TRF-1	10.194	5.608	15.802
TRF-2	4.919	1.567	6.486
TRF-3	3.126	1.579	4.705
TRF-4	24.229	11.058	35.287
TRF-5	7	4	11
TOTAL DE AÇÕES DE SAÚDE			62.291

Fonte: CNJ

Com a finalidade de discutir questões relativas às demandas judiciais envolvendo a saúde, foram realizadas Audiências Públicas nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, atendendo convocação feita pelo Presidente do STF da época, Min. Gilmar Mendes, com base em autorização prevista no artigo 13, XVII, do Regimento Interno do STF.

Durante tais audiências, foi constatada a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores das ações. Em razão disso, no ano seguinte foi expedida a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, do CNJ. Além disso, foi criado o Fórum Nacional de Saúde, conforme Resolução n. 107 do CNJ, de 06 de abril de 2010.

Por meio da Recomendação n. 31, de 2010, do CNJ foi recomendado aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que orientassem seus respectivos magistrados, via corregedorias, para que “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência”¹². Seguindo tal raciocínio, na Plenária da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ que ocorreu em maio de 2014, em São Paulo, foram aprovados enunciados, destacando-se o de n. 3, que dispõe que “recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.¹³

Diante do exposto, constata-se a existência de um número significativo de demandas judiciais vinculadas ao direito à saúde. Ao lado disso, há medidas do CNJ que buscam minimizar tais impactos, através da busca de solução administrativa, via diálogo com os gestores.

imagem paterna. Nesse sentido, demonstra como a sociabilidade individual perde a capacidade de criticar as normas sociais. Embora o sistema Alemão seja completamente diverso do brasileiro, é possível reconhecer o modelo de transferência do superego no caso do Brasil, pois, quando há falência dos demais poderes, ocorre a ascensão do Judiciário em demasia. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

10 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais: dados enviados até junho de 2014*.

11 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais: dados enviados até junho de 2014*.

12 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*.

13 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Enunciados aprovados na I jornada de direito da saúde do Conselho Nacional De Justiça em 15 de maio de 2014*. São Paulo-SP.

Nas próximas linhas, serão expostas e analisadas as divergências teóricas que permeiam o objeto de estudo.

3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VERSAM SOBRE O DIREITO À SAÚDE (TESE PROCEDIMENTALISTA)

3.1. Riscos para a legitimidade democrática

Habermas, maior defensor da corrente procedimentalista, com base na teoria do discurso, afirma que o princípio da soberania deve ser compreendido como um poder deduzido do poder comunicativo dos cidadãos.¹⁴

O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um *processo democrático* destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas.¹⁵

Para Habermas, quando um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e decide seguindo tal lógica, “cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre o normativo.”¹⁶

Por tais motivos, o referido autor propõe um modelo de constitucionalismo não afetado por valores, mas sim, por procedimentos capazes de garantir legitimidade democrática, através da devida formação da vontade do cidadão. A decisão estaria ligada ao direito e à lei, sendo que a racionalidade da jurisdição dependeria da legitimidade que seria alcançada através dos procedimentos necessários para o discurso.¹⁷

De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito.¹⁸

Segundo interpretação de Streck, a tese de Habermas segue a lógica da divisão dos poderes, segundo a qual a base legislativa deve estar em conformidade com as funções exercidas pelo Legislativo, e não pelo Tribunal, pois o Legislativo seria o órgão legitimado democraticamente para exercer a prerrogativa do controle abstrato das normas.¹⁹

Barroso, embora adepto da corrente substancialista, analisa os argumentos contrários à judicialização das políticas públicas. Segundo o referido autor, os riscos estariam relacionados com a questão da legitimidade democrática, politização da política e falta da capacidade institucional para dirimir algumas matérias.

14 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

15 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 213.

16 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 321-322.

17 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297.

18 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 326.

19 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157-158.

Ao analisar supostos riscos, Barroso afirma que “os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis”.²⁰

No que tange aos riscos da politização da justiça, sustenta que tais riscos não podem ser eliminados totalmente, mas defende que a interpretação constitucional, embora tenha dimensão política, representa uma tarefa jurídica. Dessa forma, estaria sujeita “aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes.”²¹

Com relação à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, Barroso sugere que o Judiciário deveria verificar quando determinada matéria requer atuação de outro Poder, órgão ou entidade que teriam qualificação melhor para subsidiar a decisão, pois esclarece que “naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência”.²²

Por fim, o referido autor manifesta-se no sentido de defender que o Judiciário é o guardião da Constituição, razão pela qual deve defender os direitos fundamentais e os valores e procedimentos democráticos, sendo que eventual atuação contra a maioria, em tais casos, não representaria afronta contra a democracia.²³

Portanto, para a corrente procedimentalista, a legitimidade do direito seria alcançada através dos procedimentos democráticos. Nesse sentido, seria incabível conceber a Constituição como uma ordem suprapositiva de valores. Logo, a fruição do direito à saúde dependeria da implementação das respectivas políticas públicas, sendo vedada sua fruição individual, por meio de decisão judicial, pois ocorreria ofensa ao procedimento democrático, na medida em que os juízes não são membros eleitos, razão pela qual não poderiam decidir sobre assuntos políticos.

3.2. Teoria da reserva do possível: escassez dos recursos orçamentários

A oposição à judicialização das políticas públicas que tratam sobre o direito à saúde também se manifesta por meio do argumento de que a escassez dos recursos públicos impossibilitaria o acesso individual de todos os cidadãos, uma vez que a concessão individual poderia abalar as políticas públicas de saúde que, teoricamente, teriam alcance geral. Dessa forma, seria necessária a previsão dos gastos, com o intuito de satisfazer o maior número de pessoas conforme as dotações orçamentárias existentes.

Nesse sentido, Scaff argumenta que devem ser consideradas a escassez de recursos e as infinitas necessidades, pois o sistema financeiro seria composto por vasos comunicantes. Assim, gastar verbas em demasia poderia ocasionar prejuízo para outros setores, razão pela qual existem recursos orçamentários mínimos destinados ao plano de ação social. Contudo,

na ânsia de implementar integralmente as normas constitucionais, vem ocorrendo no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando diretamente o direito à saúde [...].²⁴

E continua o referido autor:

Fazem de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas – o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

20 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 17.

21 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 18.

22 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 19.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 19.

24 SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 35.

Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abalados financeiramente, e comprometida fica sua capacidade de implementação.²⁵

Cabe ressaltar que há percentuais mínimos de receitas que devem ser destinadas para gastos com a saúde em relação à União²⁶, Estados²⁷, Distrito Federal e Municípios²⁸, conforme estipulação prevista na Lei Complementar n. 141/2012, de acordo com o que determina os parágrafos 2º e 3º do art. 198 da CF, acrescentados pela Emenda Constitucional n. 29 de 2000.

Sarlet, por sua vez, entende que o direito à saúde tem eficácia imediata, não trazendo em seu núcleo essencial a questão da “reserva do possível”, mas sendo por ela delimitado, em termos adequados aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência de aplicação dos recursos públicos, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.²⁹

A assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.³⁰

Sarlet e Molinaro³¹, ao analisarem o princípio da reserva do possível, fazem a seguinte indagação: “São os direitos que têm custos, ou é o custo uma consequência do cumprimento dos deveres do Estado?” A seguir, respondem:

Embora aparentemente tal pergunta pareça não ter importância, é preciso reconhecer que a resposta que for dada pavimenta caminhos diversos. A dúvida reside precisamente na definição dos direitos e deveres. Alegar o “custo” de um direito revela a tendência de “mercantilizá-lo” e mesmo de fundar uma relação em um “modelo de contrato”, onde o exato valor dos polos da relação implica em um valor apropriável para determinado estamento. É certo que, nesta sociedade e neste Estado que vivemos, os recursos financeiros são escassos. Mas essa escassez não autoriza a escolha de qual o direito a ser atendido. Na realidade, não há escassez quando há responsabilidade social. A escassez começa onde a ausência de solidariedade impera. É absolutamente certo que a escassez pode ser combatida, com

25 SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 35.

26 Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. (LC 141/12)

27 Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. (LC 141/12)

28 Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. (LC 141/12)

29 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301.

31 SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia: separação de poderes eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro*. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. p. 78.

grande eficiência, através da colaboração sempre que presente um adequado sentido de solidariedade de todos, particulares e poder público.³²

No ano de 2004, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 45, o STF apresentou interpretação sobre a cláusula reserva do possível.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese — mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.³³

Portanto, durante o referido julgamento, foi ressaltada a questão de que tal cláusula (reserva do possível) não pode ser invocada pelo Estado, para permitir que este deixe de arcar com o cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente em se tratando de conduta que gera aniquilação de direitos constitucionais que possuem caráter essencial.

4. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS (TESE SUBSTANCIALISTA)

De acordo com Silva³⁴, as normas constitucionais são classificadas em normas de eficácia plena (aplicabilidade direta, imediata e integral), contida (aplicabilidade direta, imediata, mas não integral) e limitada (aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, dividida em normas de princípio institutivo e norma de princípio programático).

Com efeito, a referida classificação, recepcionada por grande parte da doutrina, reduz a aplicação imediata das normas constitucionais, em especial o §1º do art. 5º da Constituição Federal que determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Segundo Silva, o direito à saúde seria classificado como uma norma programática³⁵, na medida em que a saúde estaria incluída entre os fins estatais, pois “não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados”³⁶

Silva assevera que o direito à saúde (art. 196), semelhante ao que ocorre com o direito à educação (art. 205), institui um dever correlato a um sujeito determinado, qual seja: o Estado, razão pela qual este

tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento de norma.³⁷

32 SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia: separação de poderes eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro*. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. p. 78.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 29 de abril de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 maio 2004. PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

34 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 138.

35 Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 138.

36 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139.

37 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 150.

Portanto, a divergência doutrinária com relação ao tema reside na interpretação a ser dada ao art. 196 da CF, pois uma parte da doutrina entende que tal norma dependeria de uma atuação estatal, através da implementação das políticas públicas (tese procedimentalista). Logo, ao Judiciário caberia apenas adentrar no mérito do cumprimento da lei orçamentária.

A corrente substancialista defende o caráter principiológico da Constituição. Nessa linha, segundo Martônio Lima, se a Constituição Federal determina que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, restaria evidente que os poderes do Estado brasileiro dever agir no sentido de viabilizar tal comando.

A classificação das normas constitucionais que serão controladas em sua constitucionalidade por tribunais recebem carga descritiva autônoma, independentes mesmo tanto do teor constitucionais que integram como de sua natureza originária de assembleias constituintes reunidas após anos de autoritarismo. Independentemente do texto que integram, pelo fato de que alguns destes textos expressam claramente sua condição de comandos a serem aplicados imediatamente (o §1º do art. 5º da Constituição Federal é um dos exemplos); e, igualmente livre de seus contextos, a não implementação destes comandos advém, em grande parte, da atuação das cortes constitucionais que manifestam seus entendimentos no sentido de poupar o Estado da necessária implementação, exatamente quando estão os tribunais autorizados a agirem dentro dos limites constitucionais. Em outras palavras: a jurisprudência dos tribunais constitucionais descumpra a constituição quando aplica entendimentos restritivos aos comandos constitucionais, principalmente aqueles definidores de novos direitos e garantias fundamentais trazidos por constituições produzidas como nova estrutura para Estados egressos de governos autoritários.³⁸

Streck, também adepto da corrente substancialista, adota tese diametralmente oposta ao paradigma procedimental habermasiano:

[...] parece muito pouco, mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar-se ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião pública e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental habermasiano.³⁹

Corroborando, Brito Filho defende a necessidade de ser adotada uma concepção de direitos humanos que considere a pessoa humana através de uma perspectiva individual, razão pela qual devem ser rejeitadas as teorias conservadoras que subordinam o papel do Estado

aos interesses dos governantes, e contra a sociedade, especialmente os menos favorecidos, sendo exemplos, as teorias da reserva do possível, dos custos dos direitos, da prevalência da lei orçamentária, entre outras.⁴⁰

Para Maués⁴¹, o Judiciário até poderia atender a demandas individuais, mas tais demandas estariam sujeitas aos princípios da universalidade e da integralidade. Sendo assim, estariam excluídos “tratamentos não previstos oficialmente”. Em razão disso, não seriam cabíveis decisões que ordenam o sequestro ou remanejamento de verbas públicas, devendo o judiciário apenas vincular o legislativo na elaboração do orçamento do ano seguinte.

Barroso, adepto da corrente substancialista, possui afinidade com a teoria de Rawls, conforme ressaltou em entrevista⁴² dada em 2010. Porém, o autor defende que há limites mais estreitos quanto ao direito sub-

38 LIMA, Martônio Mont'Alverne. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA, Cláudio Pereira de, et al. *Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 220.

39 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 25.

40 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura*: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 5, p. 144.

41 MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFFÉ, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 271.

42 BARROSO, Luís Roberto. Entrevista. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano 28, v. 75; n. 2, abr./jun. 2010.

jetivo prestacional, porquanto restringe a questão da omissão estatal, que legitimaria o pedido judicial dos medicamentos. A omissão só estaria caracterizada quando não houvesse leis e atos administrativos e/ou quando estes fossem descumpridos. Noutras palavras, quando existissem tais atos, mesmo que não alcance todos os necessitados, não poderia ser alegada a presença da legitimidade do Poder Judiciário.⁴³

Contudo, a mera existência de atos administrativos que tenham o escopo de garantir o direito à saúde, não é suficiente para descaracterizar omissão. Isso porque uma política pública que existe, mas é ineficaz, não pode permanecer intocável pelo judiciário.

Álvaro Ciarlini propõe um meio termo entre as correntes apresentadas (substancialista e procedimentalista), defendendo “a possibilidade de realização de um direito social (bem-estar) sem a supressão das liberdades políticas de sua esfera pública (autonomia)”.⁴⁴

O referido autor, na sua tese, propõe que o juiz adote o aspecto plural ao definir as prioridades, por meio da opinião de técnicos responsáveis pela política pública de saúde, bem como demais membros da sociedade civil. Dessa forma, sugere o diálogo com segmentos sociais, sendo que a ação civil pública seria a ação adequada para tal fim (tutela de interesses meta-individuais), pois terá efeitos erga omnes. Porém, o autor defende que tal ação civil pública não deve ser utilizada para solucionar questões individuais, para legitimar atuação que mantenha o círculo vicioso do que chama de paternalismo alienante.⁴⁵

Com efeito, o diálogo é importante para que a jurisdição ocorra considerando o caráter plural da construção das políticas públicas de saúde. Entende-se, no entanto, que a corrente substancialista é a mais justa e coerente, pois o direito fundamental à saúde gera ao cidadão o direito subjetivo individual de pleitear, de maneira imediata, o custeio de um tratamento ou fornecimento de medicamento necessário, diante da ausência ou ineficácia das políticas públicas vigentes, considerando o caráter principiológico da Constituição.

4.1. O direito subjetivo individual à saúde, segundo a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls

Rawls, considerado grande expoente do igualitarismo liberal contemporâneo, apresentou a *Teoria da Justiça como Equidade*, apresentando, inicialmente, crítica à tese utilitarista, em virtude desta ignorar o fato de cada membro da sociedade possuir inviolabilidade própria fundada na justiça, ou seja, não considera as diferenças entre as pessoas.⁴⁶

Conceber o direito à saúde apenas, segundo seu aspecto coletivo, significa seguir a diretriz do utilitarismo clássico, tão criticado por Rawls, uma vez que o utilitarismo defende que a sociedade atenderia à exigência de justiça “quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros”.⁴⁷

O autor defende que, em uma sociedade justa, as liberdades de cidadania são invioláveis, não podem estar sujeitas à negociação política, nem ao cálculo de interesses sociais, pois “a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma pessoa só fica excluído.”⁴⁸

Entrevista concedida a: Clarice Costa Calixto, Leonardo de Araújo Ferraz e Maria Tereza Valadares Costa. p. 21.

43 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

44 CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 262.

45 CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 263-264.

46 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 24-25.

47 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25.

48 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 30.

Rawls trabalha com a categoria denominada *posição original*, com a finalidade de estabelecer um processo equitativo, para que quaisquer princípios aceitos sejam considerados justos. Dessa forma, “com esse propósito, assumo que as partes se situam através de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais”.⁴⁹

Segundo Rawls, a *posição original* garante que ninguém será favorecido na escolha dos princípios, feita sob um *véu de ignorância*, pois todos estariam em uma situação semelhante, razão pela qual não invocariam princípios com a finalidade de favorecimento pessoal.⁵⁰

Sobre a questão, Feres Júnior e Pogrebinschi ressaltam que a posição original ou situação original proposta por Rawls representa o próprio momento contratual, ou seja, é uma situação hipotética, não precisa ocorrer no plano concreto, basta que seja feita sua simulação mental.⁵¹

Rawls apresenta dois princípios:

Primeiro: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo: As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo

a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo as restrições do princípio da poupança justa, e,

b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condição de igualdade equitativa de oportunidades.⁵²

A seguir, o autor apresenta duas regras de prioridade. A primeira seria a *prioridade da liberdade*. Dessa forma, os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical. Logo, as liberdades básicas somente podem sofrer restrição em nome da liberdade. Sendo que a segunda regra de prioridade é no sentido de que o segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens, sendo que a igualdade equitativa de oportunidades seria anterior ao princípio da diferença.⁵³

Como asseveram Feres Júnior e Pogrebinschi, a *Justiça como Equidade* proposta por Rawls tem como objetivo prático prover uma base moral e filosófica aceitável para as instituições democráticas e, conseqüentemente, lidar com o conflito entre liberdade e igualdade.⁵⁴

Depreende-se, assim, que a corrente que defende a não interferência do Poder Judiciário no que tange à efetivação do direito à saúde no plano individual, privilegia a soma de vantagens que o Estado pratica ao efetuar previsões orçamentárias, ou seja, segue a linha de raciocínio traçada pela corrente utilitarista.

A título de exemplo, o pensamento utilitarista poderia defender que não caberia a concessão de um direito individual à saúde, pois tal concessão inviabilizaria o direito de outros cidadãos, uma vez que implicaria na utilização de considerável valor monetário. Sobre a questão, não há como negar os impactos orçamentários, contudo, o Estado tem o dever, e não a faculdade, de garantir o direito à saúde. Logo, se suas políticas não atendem à necessidade de todos os cidadãos, caberá ao que estiver em situação de necessidade (*princípio da diferença*), exigir judicialmente a aplicação de seu direito fundamental.

49 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 147.

50 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 13.

51 FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2010. p. 14.

52 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 333.

53 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 333-334.

54 FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2010. p. 12.

Brito Filho, ao analisar o direito à saúde sob a luz da Teoria de Rawls, apresenta a seguinte contribuição:

E em relação ao direito fundamental à saúde, onde a ideia pode ser encontrada, na teoria de Rawls? Primeiro, de que cada indivíduo deve ser levado em consideração, respeitadas as suas diferenças, o que já foi visto logo acima, quando mostrei o pensamento desse autor em relação ao utilitarismo.

Segundo, pelo que pode ser depreendido em um dos princípios de justiça enunciados por Rawls (2002), e que é chamado de princípio da diferença.

Nele, Rawls defende o que tenho chamado de desigualdade controlada, e que pode ser explicado, de forma singela, assim: 1) ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado lícitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; 2) ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido.⁵⁵

Ao analisar sobre o mínimo a ser garantido, o referido autor menciona que “não pode ser um “mínimo de saúde”, sinônimo de uma vida precária. Só pode ser a saúde plena, no limite do que for possível, considerando o conhecimento disponível”⁵⁶. Seguindo tal raciocínio, compete ao Estado proporcionar a cada cidadão a satisfação a tal direito, de forma individual.

Em suma, a Teoria de Rawls possui alguns eixos fundamentais que podem ser utilizados para a construção de uma concepção individual do direito à saúde. A igualdade democrática guarda relação com a realização da justiça distributiva e com a prioridade a ser garantida às necessidades dos menos favorecidos (princípio da diferença).

5. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DIREITO À SAÚDE

A pesquisa foi realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal – STF, na data 07.09.14, utilizando-se filtros através da busca de expressões na seção jurisprudência. A pesquisa baseada nas expressões “direito à saúde” demonstrou a existência de 655 acórdãos e 11 casos de repercussão geral. A pesquisa feita com base nas expressões “direito à saúde e medicamentos” revelou a existência de 21 acórdãos.

Após a leitura dos acórdãos, foi realizado novo refinamento da pesquisa, tendo como delimitação temporal os últimos cinco anos. Ao final, considerando a existência de processos com decisões semelhantes, foram eleitas 5 (cinco) decisões do STF para ser objeto de análise, considerando a relevância das matérias suscitadas.

A seguir, serão analisadas as decisões mencionadas, dando-se ênfase à questão jurídica, motivo pelo qual não serão expostos os nomes das partes envolvidas.

5.1 Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47 (julgamento em 17 de março de 2010)

No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, ratificado pelos demais, foram examinados cada um dos elementos contidos no art. 196 da Constituição Federal, destacando-se o seguinte: direito de todos, identifica a existência de um direito individual e coletivo à saúde. Assim, sustenta que considerar o art. 196 uma norma de direito social de caráter programática, no sentido de apenas servir como diretriz a ser observada pelo ente público, implica em uma interpretação que nega a força normativa da Constituição.

Porém, o referido Ministro afirma que esse direito subjetivo público seria assegurado através de políticas públicas. Dessa forma, uma ordem judicial que ordenasse a prestação individual de saúde, “estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS)”, o que seria avaliado caso a caso.⁵⁷

55 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 143.

56 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 143.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47*. Tribunal Pleno. Rel. Min. GILMAR MENDES

Contata-se, portanto, que o referido Ministro não veda a possibilidade de prestação individual de saúde, apenas condiciona tal possibilidade.

No caso concreto, foi negado provimento ao Agravo Regimental, por considerar que o deferimento de uma prestação de saúde formulada pelo SUS, não significa criação de política pública pelo Judiciário, mas apenas seu devido cumprimento.

Cabe ressaltar que o voto do Min. Gilmar Mendes menciona outras questões relevantes, em especial, as Audiências Públicas da Saúde realizadas no STF, nos dias 27, 28, 29 de abril e 04,06 e 07 de maio de 2009, com o objetivo de relatar que foi constatado que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não se dava em razão de omissão absoluta do Estado, mas sim, diante da necessidade de intervenção para que haja cumprimento de políticas públicas já estabelecidas, existindo, nesse caso, um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.

Assim, caso a prestação não esteja contemplada pela política do SUS, seria necessário distinguir se tal ausência decorre de “(1) omissão legislativa ou administrativa, (2) decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal de sua dispensa”⁵⁸.

Além disso, o Min. Gilmar Mendes mencionou que deve ser analisado o motivo para o não fornecimento de determinada ação de saúde por parte do SUS, considerando-se os casos de não custeio diante da inexistência de evidências científicas que revelem que determinada prestação de saúde é eficaz. Nesses casos, o referido Ministro afirma a necessidade de considerar as seguintes situações: “1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia”⁵⁹.

O referido Ministro menciona, ainda, que os Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas do SUS não são inquestionáveis, mas, com relação aos tratamentos experimentais que carecem de comprovação científica acerca de sua eficácia, argumenta que o Estado não poderá ser obrigado a realizar seu fornecimento. Nesse sentido, por meio da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, foi recomendado aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que orientem seus magistrados, via corregedorias, para que “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”⁶⁰.

Com relação aos novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, seria necessária cautela, segundo o Ministro, considerando-se que a lentidão de procedimentos burocráticos na aprovação de novas indicações terapêuticas, poderá excluir o acesso de pacientes a tratamentos já postos em prática pela iniciativa privada. Portanto, a omissão administrativa no sentido de garantir o tratamento a determinada patologia pode ser objeto de apreciação judicial.

Seguindo a mesma diretriz, dispõe o Enunciado n. 4, aprovado na Plenária da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ que ocorreu em maio de 2014, em São Paulo:

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.⁶¹

(Presidente), Brasília, 17 de março de 2010. p. 15.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47*. Tribunal Pleno. Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Brasília, 17 de março de 2010. p. 23.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47*. Tribunal Pleno. Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Brasília, 17 de março de 2010. p. 25.

60 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

61 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Enunciados aprovados na i jornada de direito da saúde do Conselho Nacional De Justiça*

Da análise do referido julgamento, necessário dar realce aos pontos positivos. Primeiramente, representa um avanço a concepção de que o direito à saúde não é apenas uma norma de direito social de caráter programática. Além disso, o fato de serem citadas as Audiências Públicas da Saúde que ocorreram no STF revela um progresso, na medida em que demonstra a tentativa de um maior diálogo com a sociedade civil, através da busca de novas vias para solucionar os casos complexos.

Outra questão importante foi a constatação de que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não se dava em razão de omissão absoluta do Estado, mas sim, diante da necessidade de intervenção para que haja cumprimento de políticas públicas já estabelecidas. Revelou-se, assim, o papel do Judiciário de fazer cumprir os direitos fundamentais, quando outro Poder (no caso, o Executivo), permanece silente.

No que tange aos medicamentos que ainda não possuem protocolo na ANVISA, foi ressaltada as implicações decorrentes das limitações burocráticas que envolvem a questão dos protocolos dos medicamentos, razão pela qual o cidadão poderá requerer prestação jurisdicional que ordene o fornecimento de medicamentos necessários para sua saúde, ainda que não protocolizados, mas já postos em prática pela iniciativa privada.

Porém, foi mencionado que os casos individuais estariam condicionados ao não comprometimento do funcionamento SUS, o que seria objeto de avaliação no caso concreto. Nesse ponto, constata-se a presença de viés utilitarista, uma vez que condiciona um direito individual ao maior saldo líquido de satisfação. Sobre este ponto, seria necessário utilizar a concepção de justiça distributiva, a qual permite a discriminação positiva dos cidadãos menos favorecidos.

5.2. Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 334 (julgamento em 24 de junho de 2010)

No caso, foi comprovado que o paciente era portador de hepatite crônica B, mas foi negado o fornecimento do medicamento pleiteado, sob a alegação de que não basta o paciente comprovar ser portador de doença que o justifique, exigindo-se uma prescrição formulada por médico do Sistema Único de Saúde – SUS.

Durante o julgamento, foi demonstrado que o caso não tratava de mera burocracia, mas sim, da constatação de que o medicamento solicitado não seria o mais eficaz. Dessa forma, o fármaco a ser ministrado dependeria da contagem de linfócitos. Em razão do exposto, foi negado provimento ao agravo, segundo o argumento de que era necessária a prescrição formulada por médico do SUS que deverá seguir procedimentos previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para o tratamento de hepatite viral crônica B e coinfeções.⁶²

Sobre a questão, o Enunciado n. 30 aprovado na Plenária da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ de 2014 dispõe que “é recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo-efetividade da prescrição”⁶³

De fato, o magistrado não possui aptidão necessária para verificar qual o melhor tratamento a ser dado ao paciente. Por tais motivos, é preciso cautela ao apreciar decisão judicial que indefere pedido por ausência de prescrição feita por médico do SUS. Isso porque há risco de ser determinado o fornecimento de um medicamento que não seja o mais eficaz, ocasionando, assim, efeito reverso, na medida em que o cidadão poderá ter agravamento de sua saúde, ao invés de reabilitação.

Barroso pondera sobre o risco de *efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados* que podem ser ocasionados em alguns casos, razão pela qual destaca ser de suma importância a cautela e a deferência por parte do Judiciário.

em 15 de maio de 2014. São Paulo-SP.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 334. Plenário. Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, Brasília, 24 de junho de 2010, *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 ago. 2010.

63 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Enunciados aprovados na i jornada de direito da saúde do Conselho Nacional De Justiça em 15 de maio de 2014*. São Paulo-SP.

Isto porque nem sempre o juiz disporá do conhecimento necessário para mensurar o impacto de determinadas decisões. Para o autor,

ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde [...].⁶⁴

Depreende-se, então, que a decisão proferida não ofendeu o direito do autor, ao contrário, foi prudente, pois considerou a necessidade de prescrição de profissional do SUS. Tal caso evidencia a linha tênue entre judicialização e intervenção judicial excessiva. Com efeito, alguns casos exigem cautela do magistrado, para que não ocorra interferência capaz de resultar em efeito reverso.

5.3. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental 824946 (julgamento em 25 de junho de 2013)

O caso tratava de fármaco que não consta nos registros da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas que foi receitado ao paciente. Durante o julgamento, foi considerado que o medicamento não era de procedência alienígena, motivo pelo qual o feito não merecia sobrestamento para aguardar a conclusão do julgamento do RE nº 657.718/MG.

Os Embargos de Declaração foram recebidos como Agravo Regimental, tendo sido negado provimento, em virtude do fármaco em questão constar nas listas de medicamentos excepcionais que deveriam ser fornecidos pelo Estado objeto da lide. Por tais razões, foi considerada improcedente a recusa de tal fornecimento, uma vez que fora constatada a existência de política pública, razão pela qual a determinação judicial apenas ordenou o cumprimento de um dever estatal.⁶⁵

O caso trata de típica omissão estatal, contrariando, inclusive, política pública vigente. No caso, embora o medicamento não estivesse registrado na ANVISA, constava na lista de medicamentos excepcionais. Logo, a negativa de fornecimento revela a patente ofensa ao direito do requerente.

Além disso, o caso é importante para revelar que não é procedente o argumento da corrente procedimentalista, no sentido de que a intervenção do judiciário em matéria de políticas públicas violaria o procedimento democrático. Ao contrário, no caso em tela, a política pública era existente.

Por tais motivos, o Judiciário tem papel vital no controle das políticas públicas, podendo, no caso de omissão, decidir no sentido de evitar lesão ao direito fundamental do cidadão, considerando a carga valorativa da Carta Magna.

5.4. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 822882 (julgamento em 10 de junho de 2014)

O STF, dentre outros assuntos, ressaltou a existência de obrigação solidária entre os entes federativos, no sentido de fornecer, gratuitamente, tratamentos e medicamentos necessários à saúde das pessoas consideradas hipossuficientes.

Em razão disso, foi negado provimento ao Agravo Regimental, com base no fundamento de que o Município é parte legítima para figurar no polo passivo de ações que tratam do fornecimento de medicamentos, mesmo que não haja inserção dos demais entes federativos como litisconsortes passivos da demanda.⁶⁶

64 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 18.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 824946*. Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 25 de junho de 2013.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 822882*. Primeira Turma. Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Brasília, 10 de junho de 2014.

O caso em tela trata sobre o dever do Estado de garantir a maior eficácia social do direito à saúde, por meio da concretização da justiça distributiva que beneficie os menos favorecidos, e não apenas uma sociedade que visa maximizar o saldo líquido de satisfações, em detrimento dos direitos de alguns que estão num patamar menos favorecido.

Portanto, trata-se de uma responsabilidade social do Estado que deve garantir o respeito a um bem jurídico constitucionalmente tutelado. Logo, cabe a qualquer ente, seja federal, estadual ou municipal garantir tal direito.

5.5. Recurso Extraordinário n. 429903 (julgamento em 25 de junho de 2014)

O caso possui um diferencial, pois o Estado em questão não estava impugnando a obrigação de fornecer a medicação necessária (Cerezyme). O inconformismo apenas foi com relação à parte da decisão recorrida que ordenou que a Administração mantivesse sempre em estoque quantidade do referido medicamento, suficiente para garantir 2 (dois) meses de tratamento aos que dele necessitem (no caso eram 36 pacientes), com a finalidade de evitar interrupções no tratamento dos portadores do mal de Gaucher.

O STF negou provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo a determinação recorrida no sentido de manter em estoque o medicamento mencionado, pois considerou a falha do Estado ao executar uma política de saúde que demanda tratamento contínuo. Em razão disso, aplicou, por analogia, o entendimento no sentido de que o exame judicial de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não representava ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.⁶⁷

Conforme já mencionado alhures, a Teoria de Rawls considera que, em uma sociedade justa, as liberdades de cidadania são invioláveis, não podem estar sujeitas à negociação política, nem ao cálculo de interesses sociais, pois “a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma pessoa só fica excluído.”⁶⁸

Segundo a ótica do princípio da diferença, os cidadãos beneficiados com a decisão, de fato, mereciam tratamento diferencial, uma vez que estão posicionados em situação menos favorecida, motivo pelo qual era necessário manter em estoque o medicamento necessário, para evitar interrupções no tratamento.

Com propriedade, Brito Filho ensina que o Estado deve garantir não o mínimo de saúde, mas sim, a saúde plena, razão pela qual o Estado Brasileiro é obrigado a garantir, a cada indivíduo, o que for necessário para a satisfação de tal direito.⁶⁹

Verifica-se, mais uma vez, a importância da atuação do Judiciário como instrumento de correção de ilegalidades estatais durante a execução de políticas públicas, especialmente no que se refere aos tratamentos contínuos. Neste caso, o Estado não poderia sequer alegar ausência de disponibilidade financeira, considerando o caráter de continuidade do tratamento, motivo pelo qual as ações de saúde devem ser programadas considerando tal particularidade.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 429903*. Primeira Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 25 de junho de 2014. p. 4.

68 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 30.

69 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 143.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que a problemática reside no fato de que não basta a Constituição Federal estabelecer a saúde como direito fundamental, se não forem adotadas políticas públicas para garantir efetividade a tal direito.

Os direitos fundamentais, em especial o direito fundamental à saúde, são de aplicação imediata (art. 5º, 1º, CF), ou seja, são direitos subjetivos fruíveis individualmente. Em razão disso, quando há omissão ou ilegalidade praticada pelo Executivo, cabe ao Judiciário atuar para garantir que o cidadão possa ter acesso aos direitos fundamentais, aplicando diretamente o direito previsto na CF, não gerando ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Por outro lado, cumpre frisar que a mera existência de atos administrativos que tenham o intuito de dar cumprimento ao direito à saúde, não é suficiente para descaracterizar omissão estatal. Isso porque uma política pública que existe, mas é ineficaz, não pode permanecer intocável pelo judiciário.

A partir das ideias de Rawls, conclui-se que a corrente que defende a não interferência do Poder Judiciário no que tange à efetivação do direito à saúde no plano individual, segue viés utilitarista, na medida em que considera o cálculo de interesses sociais.

A concepção dos direitos fundamentais, especificamente, do direito à saúde, deve buscar a maior eficácia social através da concretização da justiça distributiva que beneficie os menos favorecidos, e não apenas uma sociedade que visa maximizar o saldo líquido de satisfações, em detrimento dos direitos de alguns que estão num patamar inferior.

Quantificar ou relativizar o direito à saúde significa ofender o direito à inviolabilidade de dignidade humana. Se as políticas públicas não asseguram os direitos dos cidadãos em sua totalidade, caberá ao Estado rever suas prioridades e direcionar seus gastos em prol da sociedade, mas tal argumento jamais poderá ser utilizado como óbice para a fruição individual do direito fundamental à saúde.

Por tais razões, a tese sobre escassez de recursos e a Teoria da Reserva do Possível precisam ser combatidas com veemência, pois partem do pressuposto de que há necessidade de equilibrar ganhos e perdas, razão pela qual não atendem ao critério da justiça distributiva proposto por Rawls, violando, por conseguinte, o princípio da diferença.

As decisões proferidas pelo STF, expostas alhures, demonstram uma tendência no sentido de garantir o direito subjetivo público a determinada política pública de saúde, com progressos evidentes no que tange a não limitação às questões burocráticas, previsão da responsabilidade solidária dos entes estatais e uma maior abertura ao diálogo em busca de soluções para casos complexos. Além disso, foi ressaltada a necessidade de cautela, demonstrando a linha tênue entre judicialização e intervenção judicial excessiva, para que não haja interferência capaz de resultar em efeito reverso.

Porém, foi mencionado que os casos individuais estariam condicionados ao não comprometimento do funcionamento SUS, o que seria objeto de avaliação no caso concreto. Nesse ponto, constata-se a presença de viés utilitarista, uma vez que condiciona um direito individual ao maior saldo líquido de satisfação. Dessa forma, seria necessário utilizar a concepção de justiça distributiva formulada por Rawls, a qual permite a discriminação positiva dos cidadãos em situação menos privilegiada.

Diante do exposto, constata-se ser possível a edificação de uma concepção individual do direito à saúde, desde que ocorra o abandono de uma concepção utilitarista que considera a soma dos interesses individuais, em detrimento do sacrifício do direito de pessoas menos favorecidas.

A melhor concepção capaz de garantir a justiça distributiva proposta por John Rawls consiste em conceber o direito à saúde como um direito fundamental individual, garantindo ao cidadão o direito de exigir tal direito judicialmente, visto que há princípios e valores que jamais podem ser sacrificados.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Entrevista. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. ano 28, v. 75, n. 2, abr./maio/jun. 2010. Entrevista concedida a: Clarice Costa Calixto, Leonardo de Araújo Ferraz e Maria Tereza Valadares Costa. p. 13-30. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/893.pdf>>.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Enunciados aprovados na i jornada de direito da saúde do conselho nacional de justiça em 15 de maio de 2014*. São Paulo. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SA%C3%A9ADE.pdf>
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf>.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnotribunais.forumSaude.pdf>>.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Resolução n. 107, de abril de 2010*. Cria o Fórum Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 334. Plenário. Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, Brasília, 24 de junho 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 ago. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47. Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno. Brasília, 17 mar. 2010, *Diário de Justiça Eletrônico*, 076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 822882*. Primeira Turma. Rel. Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, de 10 de junho de 2014. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 29 de abril de 2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agrado de Instrumento 824946*. Primeira Turma. Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Brasília, 25 de jun. 2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17-09-2013
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 429903*. Primeira Turma. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Brasília, 25 jun. 2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 13-08-2014 PUBLIC 14-08-2014.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 136-145, 2013.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Biblioteca tempo universitário, 101).

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, 2004. Disponível em: <www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzzFN_Fd1>.

LIMA, Martônio Mont’Alverne. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA, Cláudio Pereira de, et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 199-261.

MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 257-273.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: um teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia: separação de poderes: eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro*. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-42.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. p. 39-85.

*Agradecimentos à Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), pelo apoio financeiro decorrente da concessão de bolsa Doutorado.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.