

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG**  
**FACULDADE DE DIREITO - FADIR**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL - MS DJS**

**JULIANA GONÇALVES DE OLIVEIRA**

**DIREITO SOCIAL À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL:**  
Uma análise a partir da solidariedade jurídico-normativa após a Constituição Federal  
de 1988

**RIO GRANDE**  
**2018**

JULIANA GONÇALVES DE OLIVEIRA

DIREITO SOCIAL À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL:  
Uma análise a partir da solidariedade jurídico-normativa após a Constituição Federal  
de 1988

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito e Justiça Social.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira.

Linha de pesquisa: A realização constitucional da solidariedade

RIO GRANDE

2018

JULIANA GONÇALVES DE OLIVEIRA

DIREITO SOCIAL À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL:  
uma análise a partir da solidariedade jurídico-normativa após a Constituição Federal  
de 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito e Justiça Social. Área de concentração: “a realização constitucional da solidariedade”.

Rio Grande, 11 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira (Orientador):

PPGD - Mestrado em Direito e Justiça Social - Universidade Federal do Rio Grande.

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Raquel Fabiana Lopes Sparemberger:

PPGD - Mestrado em Direito e Justiça Social - Universidade Federal do Rio Grande.

---

Prof. Dr. Guilherme Camargo Massaú:

PPGD - Mestrado em Direito - Universidade Federal de Pelotas.

**Aos meus pais, Margarete e Luiz Carlos;  
e ao João Pedro, pelo carinho,  
paciência e por todo amor.**

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira, por abrir meus olhos para o pensamento crítico, por ter me mandado “engrossar” meu trabalho (quando aluna especial, lá em 2015), pelas orientações acadêmicas e de vida, pelo apoio, pelos ensinamentos, pelos conselhos, por tudo. Muito obrigada Rafael!

À Universidade Federal do Rio Grande (FURG), por me fazer voltar a viver o espírito acadêmico e pela enorme oportunidade de crescimento pessoal e profissional.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social, o meu reconhecimento pelos ensinamentos e pelas amizades construídas com todos os docentes, em especial à Prof.<sup>a</sup> Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, ao Prof. José Ricardo Caetano Costa e ao Prof. Daniel Lena Marchiori Neto, sempre dispostos a dar o melhor aos seus alunos, incentivando e abrindo oportunidades sempre.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) por ter me concedido bolsa de estudos que foi fundamental para a finalização deste curso.

Aos colegas: Kalinca, minha parceira desde o primeiro minuto de aula em 2015 como aluna especial; Maiara e Rômulo, por tornarem as quintas de estágio de docência mais leves e divertidas; Karoline, Vanessinha e Bernard por tornarem a conclusão dos créditos obrigatórios bem mais agradáveis e amistosas; e Hipólito pela companhia nas viagens à Rio Grande nas segundas. Amigos do mestrado que levo para a vida.

À amiga (irmã) Thaís do Couto, por acreditar em mim desde a primeira matrícula como aluna especial, por sempre dizer que tudo iria dar certo, mesmo nas minhas crises de pessimismo e por comemorar comigo a cada pequena vitória.

À Suzana Quintana pela paciência e pela revisão do português e da linguagem, desde os primeiros artigos para as disciplinas.

Aos meus pais, Luiz Carlos e Margarete, por todo apoio e amor incondicional. Pai, obrigada pela companhia nas primeiras viagens, acabando com meus medos da estrada, pelo carro, pelos “xerox”. Mãe, obrigada por me esperar até tarde da noite, pelo financiamento da gasolina, pelo chá e pela sopinha na volta da viagem. Sem vocês nada seria possível.

Ao João Pedro, por todo apoio, por não reclamar das minhas ausências no escritório, pela louça lavada, pelas jantas feitas, por ter assistido milhares de episódios repetidos de seriados comigo enquanto eu dissertava, por nunca se queixar de passar os finais de semana em casa para que eu pudesse estudar, por todo amor!

Vocês foram essenciais para a realização de um sonho, Muito Obrigada!

***“I'll tip my hat to the new constitution  
Take a bow for the new revolution  
Smile and grin at the change all around me  
Pick up my guitar and play  
Just like yesterday  
And I'll get on my knees and pray  
We don't get fooled again”***

***(Pete Townshend – The Who)***

## RESUMO

OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de. **Direito social à saúde e judicialização da política no Brasil**: uma análise a partir da solidariedade jurídico-normativa após a Constituição Federal de 1988. Dissertação (mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande: 2018, 135p.

Com esta dissertação busca-se analisar a possibilidade de utilização da solidariedade jurídico-normativa como uma proposta para a intervenção do Poder Judiciário na aplicação do Direito Social à saúde. Direcionando-se pela linha de pesquisa “a realização constitucional da solidariedade” e através de uma abordagem metodológica fenomenológica hermenêutica pretende-se demonstrar que atualmente a judicialização da saúde no Brasil mostra-se como uma questão extremamente controversa, por buscar, em sua maioria, a realização de uma saúde individualizada e curativa, bem como, pelo fato do ativismo, disfarçado de judicialização ter uma certa tendência a prejudicar a efetividade das políticas públicas de saúde. Para tanto, analisar-se-á as implicações do Direito à saúde dentro do Constitucionalismo Contemporâneo, passando pelo fato da saúde ser mais uma das promessas não cumpridas da modernidade e pela diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, para constatar a existência de uma verdadeira crise de paradigmas do Direito e da dogmática jurídica brasileira. Na sequência, a solidariedade vista como um projeto político-jurídico-constitucional será abordada com um possível caminho para a problemática da excessiva judicialização individual e curativa da saúde, partindo da solidariedade moral até a solidariedade jurídico-normativa, constitucionalizada como princípio fundamental, passando pelo reducionismo de complexidade das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial até a responsabilidade política do Judiciário na individualização de um direito social. Ademais pretende-se definir a solidariedade jurídico-normativa como um horizonte para efetivação do direito social à saúde dentro das premissas constitucionais de se construir uma sociedade livre justa e solidária, comprometida com o bem estar de seus cidadãos e com a redução das desigualdades sociais e econômicas.

**Palavras-chave:** Direito Social. Saúde. Solidariedade. Ativismo Judicial.



## ABSTRACT

OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de. **Social right to health and judicialization of politics in Brazil**: an analysis based on solidarity legal-normative after the Federal Constitution of 1988. Dissertation (master's in law degree) - Faculty of Law, Federal University of Rio Grande: 2018, 135p.

With this dissertation seeks to analyze the possibility of using solidarity legal-normative as a proposal for the intervention of the Judiciary in the application of Social Law to health. Directed by the line of research “the constitutional realization of solidarity” and through a hermeneutic phenomenological methodological approach, it is intended to demonstrate that currently the judicialization of health in Brazil is an extremely controversial issue, the realization of an individualized and curative health, as well as the fact that activism, disguised as a judicialization, has a certain tendency to undermine the effectiveness of public health policies. In order to do so, we will analyze the implications of the Right to Health within Contemporary Constitutionalism, through the fact that health is one of the unfulfilled promises of modernity and the differentiation between judicialization of politics and judicial activism, to verify the existence of a real crisis of paradigms of Law and of Brazilian legal dogmatic. In the sequence, solidarity seen as a political-juridical-constitutional project will be approached with a possible way to the problematic of the excessive individual and curative judicialization of health, starting from moral solidarity to legal-normative solidarity, constitutionalized as a fundamental principle, passing through the reductionism of complexity of theories of reserve the possible and the existential minimum until the political responsibility of the Judiciary in the individualization of a social right. In addition, it is intended to define solidarity legal-normative as a horizon for the realization of the social right to health within the constitutional premises of building a fair and solidary society, committed to the well-being of its citizens and to the reduction of social and economic inequalities.

**KEYWORDS:** Social Rights. Health. Solidarity. Judicial Activism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1. COMPREENDENDO O PROBLEMA: OS DIREITOS SOCIAIS (E O DIREITO À SAÚDE) NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO</b> .....	<b>22</b>
1.1 O estado d'arte dos direitos sociais: a questão do direito à saúde .....	22
1.2 Direito à saúde e as promessas não cumpridas da modernidade .....	33
1.3 A judicialização da política e o direito à saúde: entre a jurisdição constitucional democrática e o ativismo (antidemocrático) .....	41
1.4 Em meio à crise de paradigmas: a aplicação da solidariedade em um novo projeto de solidariedade jurídico-normativa .....	53
<b>2. A SOLIDARIEDADE COMO PROJETO POLÍTICO-JURÍDICO-CONSTITUCIONAL APLICADO À SAÚDE</b> .....	<b>58</b>
2.1 Da solidariedade moral à solidariedade jurídico-normativa .....	58
2.2 A solidariedade jurídico-normativa e o direito à saúde: um passo além da fraternidade .....	65
2.3 A judicialização do direito à saúde: a reserva do possível e o mínimo existencial como reducionismos de complexidade .....	77
2.4 A saúde e o Judiciário: direito social individualizado ou individualização de um direito social .....	81
<b>3. A SOLIDARIEDADE JURÍDICO-NORMATIVA COMO UM NOVO HORIZONTE PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE</b> .....	<b>90</b>
3.1 O sistema de saúde brasileiro e o desafio da solidariedade .....	90
3.2 A responsabilidade política do Poder Judiciário como potencializadora de solidariedade e/ou de individualidade .....	101
3.3 Desvelando a problemática: a solidariedade como proposta jurídico-política às teses tradicionais aplicadas à judicialização da saúde .....	108
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>128</b>

## INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho objetiva-se trazer uma nova perspectiva para a judicialização da saúde no Brasil, que desponta a partir de uma ideia de solidariedade jurídico-normativa pós-1988, para além da simples análise quanto à possibilidade, ou não, de haver intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Partindo de uma abordagem crítica tem-se o intuito de demonstrar que a intensa judicialização em conjunto com uma postura ativista dos julgadores vêm alterando o foco do direito à saúde, individualizando os efeitos de um direito constitucionalmente previsto como social.

O problema de pesquisa, apresentado quando do projeto da presente dissertação, foi planejado da seguinte forma: a judicialização da saúde contribui para a realização constitucional da solidariedade e para a plena aplicabilidade do direito social à saúde?

Partindo deste problema apresentado, a hipótese foi delineada da seguinte maneira: as implicações dos direitos sociais dentro do Constitucionalismo Contemporâneo e as incompreensões (por parte da sociedade e do Estado) sobre o direito fundamental à saúde tendem a prejudicar a correta efetivação das políticas públicas de saúde, na medida em que a judicialização tende a se intensificar e a ser dominada pelo ativismo judicial<sup>1</sup>, bem como, a solidariedade jurídico-normativa acaba não sendo observada como teoria capaz de desvelar novos horizontes de compreensão. A confirmação desta hipótese trará como consequência a necessidade de um novo olhar à cerca da solidariedade constitucional, que é considerada neste estudo como um meio essencial para a obtenção da harmonia e da justiça social, bem como, para o combate à crescente individualização da sociedade, principalmente quando se trata de um direito fundamental prestacional como a saúde.

No Brasil pós-1988 não podemos falar em um novo constitucionalismo, visto que não passamos por uma efetiva superação do constitucionalismo anterior, mas

---

<sup>1</sup> O termo “ativismo judicial” foi cunhado nos Estados Unidos da América, tendo sido utilizado pela primeira vez em um artigo elaborado por um historiador da Suprema Corte americana, no período do *New Deal*, publicado em revista de ampla circulação. (V. Arthur M. Schlesinger Jr. *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, jan. 1947, p. 208).

apenas uma evolução deste, assim utilizar o termo “neoconstitucionalismo”<sup>2</sup> pode causar diversas confusões. Isto porque, para que se possa dizer que um Estado é neoconstitucionalista não basta apenas que este possua um novo texto constitucional, mas que este texto seja acompanhado de uma “nova teoria da constituição”, bem como de uma “nova postura jurisprudencial” e isto, definitivamente, não ocorreu com o texto constitucional brasileiro de 1988. (STRECK, 2017a, p. 145).

Assim, o termo mais adequado para ser utilizado dentro do contexto desta pesquisa seria o “Constitucionalismo Contemporâneo”<sup>3</sup>, trazido por Lenio Luiz Streck, que “conduz simplesmente a um processo de continuidade, com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”, mas não uma mudança efetivamente. (STRECK, 2017b, p. 68).

O período histórico imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial foi marcado, na grande maioria dos Estados europeus e norte-americanos, por uma intensa constitucionalização de novos direitos e garantias. Enquanto isso, os países latino-americanos, predominantemente, sofreram com grandes entraves constitucionais devido aos golpes ditatoriais, assim a constitucionalização dos novos direitos, pós-segunda guerra, que foi imediata nos países desenvolvidos, no Brasil e em diversos países subdesenvolvidos demorou décadas para acontecer.

Justamente por isso costuma-se dizer que tais países são de “modernidade tardia”<sup>4</sup>, pois “os avanços que foram realizados no âmbito do direito constitucional

---

<sup>2</sup> A expressão “neoconstitucionalismo” surgiu no final da década de 1990, mais precisamente durante o XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, realizado em Buenos Aires e em La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997, sendo utilizado pela primeira vez pela jurista e filósofa genovesa Susanna Pozzolo, que posteriormente, em 2006, publicou em conjunto com Écio Oto Ramos Duarte o estudo “Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição”. (Fonte: OLIVER, Luciana Zanchetta. **Ativismo Judicial no Brasil**. Dissertação (mestrado em Direito Constitucional). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. p. 68).

<sup>3</sup> A expressão “Constitucionalismo Contemporâneo” foi cunhada pela primeira vez por Lenio Luiz Streck em sua obra “Verdade e Consenso”, para tanto o autor ressaltou que “a partir de agora, passarei a nominar Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo”. (STRECK, 2017b, p. 68).

<sup>4</sup> Não há consenso na doutrina sobre a autoria do termo, todavia, pode-se afirmar que tal expressão deriva de obras como: “Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna” trabalho coletivo de três sociólogos, o alemão Ulrich Beck, o britânico Anthony Giddens e o estadunidense Scott Lash; “Modernidade Líquida” do sociólogo polonês Zygmunt Bauman; e “O

européu também puderam ser percebidos na América Latina, entretanto, neste contexto, como ruptura aos regimes ditatoriais, o que veio a acontecer de forma tardia”. (TASSINARI, 2013, p. 41).

Com isso, resta evidente que as “promessas da modernidade”<sup>5</sup>, apesar de estarem positivadas pelo texto constitucional de 1988, ainda não foram completamente cumpridas, assim, uma correta e eficaz aplicação dos direitos sociais, principalmente do direito fundamental à saúde, acaba se tornando imprescindível para a realização constitucional da solidariedade social.

Diante disto, cabe abordar a questão de como “poderíamos olhar o novo com os olhos do novo”, principalmente quando viemos de uma cultura que supervaloriza o conhecimento eurocêntrico e possui um déficit na produção de teorias adequadas à realidade brasileira<sup>6</sup>. (STRECK, 2017a, p. 37). Para fins desta superação, é necessário que o Direito se liberte, o quanto antes, do “ranço de um modelo-individualista-normativista”, bem como “de uma comunidade jurídica improdutiva e acrítica que ainda acredita que o Direito sobrevive dedutivisticamente, alheio às transformações sociais e conformado com a fatalidade das velhas práticas interpretativas (discricionárias)” (FERREIRA, 2016, p. 138).

O pós-guerra, em países que viveram de maneira atuante a Segunda Guerra Mundial, foi fundamental para a afirmação das constituições, dos direitos fundamentais e da solidariedade social. Todavia, o Brasil, apesar de ter participado de forma coadjuvante dos conflitos não sofreu impactos positivos consideráveis com seu fim, pelo contrário, pouco depois adentrou em um regime ditatorial que perdurou por décadas e trouxe consigo um abismo em termos de efetivação de direitos e de disseminação do espírito solidário entre os indivíduos.

Dentro da apreciação relativa à solidariedade serão utilizados entendimentos interdisciplinares, na tentativa de oferecer possíveis respostas aos problemas do

---

Discurso Filosófico da Modernidade” do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas. Ainda, temos que o prefixo “tardia” passou a ser adotado devido ao termo “Capitalismo Tardio”, conceito usado pelos neomarxistas para se referir ao capitalismo posterior a 1945.

<sup>5</sup> Sobre as assim denominadas “promessas da modernidade”, ver a obra “Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica” (cap 1 a 5), da autoria de Lenio Streck.

<sup>6</sup> Para tanto, Lenio Luiz Streck traz a necessidade de uma Teoria da Constituição que seja adequada à realidade de países subdesenvolvidos como o Brasil, propondo uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), com conteúdo compromissário mínimo, mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática. Tal tese pode ser melhor entendida a partir da leitura da obra “Hermenêutica jurídica e(m) crise”, da autoria de Lenio Streck.

Direito. Em grande parte, a tese sobre a solidariedade jurídico-normativa<sup>7</sup> aplicada à saúde, que foi desenvolvida nesta pesquisa, se deu a partir de uma composição elaborada com base em diversos autores, devido a grande dificuldade em se encontrar teorias de base que tratassem especificamente do tema problematizado. Como aportes teóricos sobre a solidariedade moral e sua constitucionalização, têm-se por base, principalmente, algumas das teorias do historiador e sociólogo francês Pierre Rosanvallon<sup>8</sup>, do sociólogo e filósofo alemão Rainer Zoll<sup>9</sup> e do jurista brasileiro Guilherme Camargo Massaú<sup>10</sup>, objetivando a construção de uma solidariedade normativa.

No tocante ao desenvolvimento da pesquisa quanto à problematização da judicialização da saúde, a base teórica utilizada foi bastante diversificada, contando, principalmente, com as teorias e pesquisas de três renomados juristas brasileiros, que se complementam e por vezes se contrapõem no desenvolvimento do tema abordado, quais sejam: Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Luis Roberto Barroso.

O direito fundamental à saúde caracteriza-se como uma norma programática, onde encontram-se consubstanciados os programas e as diretrizes para atuação dos órgãos estatais. Embora tal norma dependa de certos complementos, estes não podem ser utilizados como desculpas por parte do poder público para não satisfazer um direito.

---

<sup>7</sup> Para fins de esclarecimento da nomenclatura atribuída à solidariedade, nesta pesquisa os termos “solidariedade normativa” e “solidariedade jurídico-normativa” serão tratados como sendo sinônimos.

<sup>8</sup> Principalmente no que diz respeito às obras “A Crise do Estado Providência” (*La Crise de l'État-providence* - 1981), “A nova questão social: repensando o Estado Providência” (*La Nouvelle question sociale, repenser l'État-providence* - 1995) e *La sociedad de iguales (La société des égaux* - 2011) que trazem uma interpretação sobre a evolução das instituições de solidariedade e das teorias da justiça, com base em estudos sobre a história do modelo político francês e da história intelectual da democracia na França.

<sup>9</sup> Em específico a obra “O que é solidariedade hoje?” (*Was ist Solidarität heute?* - 2000), que revela a natureza histórica e contraditória da solidariedade, observando que a humanidade, hoje, mais do que nunca, precisa de solidariedade com a própria vida sob todas as suas formas e dimensões. Dentre os estudos que o autor alemão vem publicando desde o início da década de 90 sobre solidariedade e individualismo, este é único traduzido para o português.

<sup>10</sup> Desde o ano de 2008 o Prof. Dr. Guilherme Camargo Massaú desenvolve pesquisas no âmbito da solidariedade e de sua relação com a aplicação dos direitos fundamentais, tendo defendido sua tese de doutoramento no tema, sob o título “A Reorientação do Princípio Republicano a partir da solidariedade: o Cosmopolitismo da coisa pública”, bem como desenvolvido diversos projetos de pesquisa sobre a temática na Graduação e no Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas - UFPEL.

A simples incorporação dos direitos pelo texto constitucional não é capaz de garantir que os cidadãos possam usufruí-los, pelo contrário, quando o legislador prevê direitos dependentes de uma atuação positiva do Estado e não promove condições para que eles sejam plenamente efetivados surge um sentimento de promessa não cumprida, o que pode explicar a grande incidência de ações judiciais pleiteando a efetivação de direitos, já que diante da inércia dos poderes legislativo e executivo a população vê no judiciário a última esperança para satisfazer suas expectativas de direitos.

Face à crise do Estado de bem-estar social, bem como à crise de aplicabilidade do direito social à saúde, mostra-se como natural que o Judiciário tome uma postura mais ativa na tentativa de suprir possíveis lacunas deixadas pelo Legislativo e pelo Executivo. Entretanto, a falta de uma Teoria Constitucional adequada à realidade brasileira ao lado da importação errônea de teorias aplicáveis à países desenvolvidos e o crescente ativismo dos julgadores, acabam individualizando em demasia um direito que originalmente é social, o que acaba gerando uma, cada vez mais crescente, judicialização da vida que precisa ser criticada e compelida pela doutrina.

A judicialização da política desponta como um instrumento constitucional válido e bastante viável para efetivar políticas públicas e suprir omissões legislativas e executivas de aplicabilidade de direitos, bem como, a universalização das decisões no campo dos direitos sociais é fundamental para que estes atinjam seu fim de promovedor de justiça e solidariedade social. Todavia, a falta de critério nas decisões judiciais acaba criando um problema democrático, onde decisionismos acabam desviando a função e o foco do direito à saúde, prejudicando políticas públicas já existentes para que decisões judiciais sejam cumpridas e fomentando a litigância individual.

Apesar das consideráveis evoluções que a Constituição de 1988 trouxe no campo da democracia e da positivação dos direitos e garantias fundamentais, temos um enorme abismo a ser preenchido quando se trata de pensamento crítico (na doutrina e no meio acadêmico), nas palavras de Rafael Fonseca Ferreira (2016, p. 13) “ainda é preciso pavimentar o caminho para que se possa operar uma transformação no pensamento jurídico e político ante a herança autoritária/arbitrária que permeia o imaginário dominante”.

É indispensável que se estabeleça uma nova relação entre os indivíduos, não só se retomando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, mas estabelecendo-se uma ressignificação da fraternidade na solidariedade, para que esta tenha uma aplicação política, social e jurídica.

Dentro da questão da judicialização da saúde, a solidariedade torna-se relevante na medida em que percebemos que a ausência de um sentimento solidário entre os cidadãos, ao lado da falta de políticas estatais eficientes, fomenta cada vez mais a litigância individual na busca de efetivação de direitos, o que nos leva ao objetivo central da presente dissertação. O objetivo geral do presente trabalho consiste, basicamente, em analisar se a intensa judicialização da saúde tem contribuído para que se alcance a realização da solidariedade e da justiça social, bem como verificar qual é a parcela de importância da solidariedade jurídico-normativa para o fenômeno da judicialização.

No tocante aos os objetivos específicos, pode-se perceber três finalidades essenciais, que serão abordadas no decorrer dos capítulos da dissertação. De início propõe-se verificar a questão dos direitos sociais no Constitucionalismo Contemporâneo, especificamente no que diz respeito ao direito social à saúde, às promessas não cumpridas da modernidade e à questão da judicialização, que por vezes se confunde com o ativismo judicial.

Na sequência, averiguar-se-á a questão da tese da solidariedade jurídico-normativa e de como um conceito essencialmente moral pode vir a ser aplicado ao direito fundamental à saúde, auxiliando no enfrentamento da judicialização excessiva deste direito. Por fim, objetiva-se examinar como a solidariedade normativa pode auxiliar na resolução do problema da excessiva judicialização e individualização da saúde, surgindo como uma tese alternativa que difere do senso comum aplicado à saúde.

A presente pesquisa justifica-se dentro do contexto do curso de Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande, por enfrentar de maneira crítica o problema da excessiva litigância individual no campo da efetivação do direito à saúde, partindo de um olhar interdisciplinar onde conceitos de solidariedade produzidos a partir de outros ramos do conhecimento implicam resultados no Direito e promovem o desenvolvimento dos diferentes grupos sociais no mundo globalizado.



Dentro da linha de pesquisa “a realização constitucional da solidariedade” o trabalho justifica-se por abordar a crise de aplicabilidade que o direito à saúde sofre atualmente, fomentada pelas promessas não cumpridas da modernidade e impulsionadora da judicialização, bem como por trazer a solidariedade, em seu viés jurídico-normativo, como um fator principal capaz de gerar a mencionada crise quando menosprezada e de combatê-la quando restaurada dentro do sistema constitucional e social.

Diferentemente da grande maioria dos recentes estudos acadêmicos, a presente pesquisa não pretende simplesmente abordar a possibilidade (ou não) de se pleitear a plena aplicabilidade de um direito fundamental através do Poder Judiciário. Pretendendo ir além da, já corriqueira, discussão sobre a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, busca-se demonstrar que o Estado Democrático de Direito brasileiro passa por uma crise institucional, fomentada pela ineficiência da doutrina e da jurisprudência, e que, vem de encontro à judicialização excessiva da saúde. Logo, esta pesquisa encontra justificativa, academicamente, por propor uma abordagem crítica, baseada na hermenêutica, que busca uma nova possibilidade para a compreensão, interpretação e aplicação do direito social à saúde, assentada na solidariedade jurídico-normativa.

No campo social, esta pesquisa legitima-se pelo fato de que o Brasil jamais atingiu o amplamente propagado Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State* ou *État-Providence*<sup>11</sup>), sendo considerado um país de modernidade tardia, onde as classes mais pobres até hoje não puderam gozar efetivamente dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988. Assim, discussões à cerca da aplicabilidade e da interpretação dos direitos sociais são sempre bem-vindas na tentativa de que nosso país atinja a justiça social tão almejada pelo constituinte de 1988.

No que diz respeito à metodologia adotada, inicialmente é interessante ressaltar, que atualmente os métodos interpretativos “são apresentados pela dogmática jurídica como técnicas rigorosas ou operações interpretativas realizadas

---

<sup>11</sup> O Termo “Estado-providência” (*État-Providence* em francês) é usualmente utilizado pelo historiador e sociólogo francês Pierre Rosanvallon como um sinônimo ao Estado Social, principalmente em suas obras “*La Crise de l’État-providence*”, “*La Nouvelle question sociale, repenser l’État-providence*” e “*La société des égaux*”, consideradas como uma trilogia sobre a Crise do Estado de bem-estar social.

em partes para extrair o sentido do texto”, ou seja, os métodos de interpretação seriam, basicamente, um “passo-a-passo” para se alcançar o conhecimento científico (STRECK, 2017a, p. 141).

Esta pesquisa será desenvolvida com base em uma abordagem hermenêutica-fenomenológica, que vai além de uma análise exclusivamente semântica da linguagem. Trata-se de uma análise que busca superar os pré-conceitos do senso comum, para fazer uma reconstrução histórica tendo como base uma teoria crítica. Através da “Crítica Hermenêutica do Direito - CHD”<sup>12</sup> busca-se superar as bases metodológicas clássicas, aferindo estudos que parem entre o objetivismo e o subjetivismo, que vão além da simples análise sujeito-objeto dos métodos dedutivo e indutivo.

O conceito básico de tal abordagem metodológica pode ser resumido da seguinte maneira:

“Revolve-se o chão linguístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno. Desse processo – que é como se o fenômeno fosse descascado aos poucos – exsurge o sentido da coisa. Que já não será aquela que o intérprete vislumbrou no início”. (STRECK, 2014c, p. 9-10).

Desse modo, a fenomenologia hermenêutica busca, essencialmente, desvelar o que temos como verdade posta dentro do “senso comum teórico dos juristas”<sup>13</sup>, pretende ir além de uma simples interpretação fática do ser para analisar elementos históricos e culturais, contrariando-se ao voluntarismo predominante nas decisões judiciais da atualidade.

Como o trabalho desenvolvido tem o intuito de criticar os decisionismos voluntaristas que fomentam a litigância individual dos direitos sociais e superar a concepção tradicional do direito como sendo um modelo de regras, a abordagem metodológica aqui apresentada mostra-se como pertinente para interpretar e

---

<sup>12</sup> A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) desenvolvida por Lenio Streck, surge a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger em conjunto com as teorias de Dworkin e Gadamer, com o intuito de propor uma teoria que seja apropriada à um país de baixa constitucionalidade como o Brasil, para que haja uma superação da crise do direito e, principalmente do senso comum teórico. Para um melhor entendimento ver a obra “Lições de Crítica Hermenêutica do Direito” da autoria de Lenio Streck.

<sup>13</sup> A expressão “senso comum teórico dos juristas” foi cunhada por Luis Alberto Warat em suas obras “Introdução geral ao direito: Interpretação da lei: Temas para uma reformulação” e “Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade”. Tratando de discursos competentes que são forjados na praxe jurídica, ou seja, uma série móvel de conceitos, separados das teorias que os produziram, por hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias, por opiniões costumeiras, por premissas não explicitadas e vinculadas a valores (WARRAT, 1994).

solucionar adequadamente os questionamentos levantados à cerca da judicialização da saúde e da (in)efetividade de um texto constitucional, originalmente compromissório e comprometido com as transformações sociais

O filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (2015) considera que a prioridade da hermenêutica consiste em perguntar, no seu entendimento só conseguimos purificar nossa compreensão através a pergunta, a retórica não é uma questão até que a pergunta seja posta em causa. Para estarmos aptos a interrogar precisamos realmente querer saber, nas palavras do referido filósofo alemão:

Para perguntar, é preciso querer saber, isto é, saber que não se sabe. E no intercâmbio de perguntas e respostas, de saber e não saber, descrito por Platão ao modo de comédia, acaba-se reconhecendo que para todo conhecimento e discurso em que se queira conhecer o conteúdo das coisas a pergunta toma a dianteira. Uma conversa que queira chegar a explicar alguma coisa precisa romper essas coisas através de uma pergunta. (GADAMER, 2015, p. 474)

Logo, quando o intérprete consegue admitir que realmente não sabe e quando este não busca, através de um método, apenas compreender mais profundamente aquilo que já sabe, quer dizer que se chegou a um autêntico questionamento, caracterizado por uma estrutura aberta ao diálogo.

Na presente pesquisa, a pergunta mostra-se fundamental ao seu desenvolvimento, pois não se pretende apenas analisar decisões (jurisprudência) e verdades já postas sobre o tema, mas realizar um diálogo sobre o tema da judicialização da saúde em busca de um entendimento. E ainda, no particular deste trabalho, pretende-se situar teoricamente a temática para além do pragmatismo das decisões judiciais, reservas do possível e mínimos existenciais, para que possam contribuir para uma reconstrução do direito à saúde a partir da solidariedade jurídico-normativa.

No âmbito da hermenêutica o diálogo mostra-se como “caminho (dialógico) para superar o modelo de conhecimento hierárquico-normativista dominante no imaginário jurídico brasileiro”, ou seja, é a melhor forma para buscar soluções para os equívocos epistêmicos que atrapalham a produtividade dialética da Constituição. (FERREIRA, 2016, p.193). Nesse sentido, o diálogo nesta pesquisa pode ser percebido quando se aponta a solidariedade como um caminho para enfrentar a crise de aplicabilidade do direito a saúde e conseqüentemente a intensa judicialização deste direito fundamental social.

A hermenêutica não vê as mudanças da vida humana como algo cronologicamente determinado, mas como modificações que se processam no tempo, em um horizonte, assim, a pesquisa pode ser considerada como uma perspectiva que acaba nos levando a ampliar os nossos horizontes. (GADAMER, 2015). Nesse sentido, a pesquisa aqui proposta visa ampliar os horizontes (já postos) sobre o que se pensa sobre a judicialização de um direito social e, assim como o horizonte, por não se focar em análise de jurisprudência e de dados específicos, mas sim em uma abordagem crítica não sofre com o problema da temporalidade.

Atualmente o Brasil sofre de um “déficit hermenêutico-constitucional” que afeta tanto o meio acadêmico, quanto o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional, isto se dá, pelo fato de os intérpretes do Direito estarem constantemente aprisionados ao ultrapassado “modelo liberal-individualista-patrimonialista” e suas teorias pragmáticas e concurseiras, onde a doutrina parece ter deixado de doutrinar e contentou-se em apenas comentar e repetir jurisprudência. (FERREIRA, 2016 p. 23). Assim, buscar-se-á romper com esse padrão, na medida em que se aposta em uma abordagem hermenêutica filosófica na tentativa de propor um novo olhar para a interpretação constitucional dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva a abordagem hermenêutico-fenomenológica, devidamente adaptada ao contexto jurídico brasileiro pela Crítica Hermenêutica do Direito, mostra-se como perfeitamente adequada para a pesquisa aqui proposta, em um entendimento que proporcione os elementos que sejam verdadeiramente necessários à compreensão e à desvelação da amplitude do direito à saúde e dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Ou seja, em um sentido de se conceber que apenas o abandono do individualismo, que historicamente vêm se disseminando nas sociedades, e a retomada de práticas solidárias podem combater a atual judicialização da vida, que se mostra cada vez mais crescente e nociva para as políticas sociais em nosso país.

Em continuidade à metodologia de abordagem, adotou-se como metodologia procedimental, o método monográfico, vez que o trabalho está direcionado ao estudo de um tema específico, adequadamente delimitado e aprofundado reflexivamente dentro do tema proposto.

A técnica de pesquisa empregada nesta pesquisa é predominantemente bibliográfica, em seus amplos aspectos, físicos e eletrônicos, uma vez que foram adotados livros impressos, *e-books* e artigos científicos publicados em revistas científicas eletrônicas.

Feita a devida justificção quanto ao eixo metodológico, passar-se-á a apresentação da estrutura da dissertação e seu respectivo plano de trabalho. A pesquisa está organizada em três capítulos, cada qual com seus respectivos e pertinentes subitens, onde pretende-se inicialmente partir de uma abordagem mais descritiva, evoluindo para uma mais crítica e posteriormente mais propositiva, no sentido de construir um caminho a ser seguido para chegar à resposta do problema de pesquisa apresentado.

No primeiro capítulo serão abordados os direitos fundamentais sociais dentro da perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo, mais especificamente o direito à saúde. Dentre as promessas não cumpridas da modernidade, poderemos perceber que o direito social à saúde está concebido dentre as expectativas de um Estado Social que o texto constitucional de 1988 implantou na sociedade brasileira. Passados trinta anos da positivação de tal texto constitucional, face a ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos sociais, a judicialização surge como possível resposta, todavia, seu uso desmedido acaba gerando mais problemas do que soluções.

Nessa perspectiva a solidariedade desponta como um aspecto a ser considerado, vez que, a tutela do Judiciário surge como opção aos cidadãos que não conseguem usufruir do direito social à saúde, contudo, ao lado da judicialização da política, instituto válido e aceito para tal finalidade, temos os impasses trazidos pelo ativismo judicial. Para tanto será abordada a questão da crise de paradigmas do Direito brasileiro, questionando-se há uma crise de aplicabilidade de direitos ou uma crise de solidariedade propriamente.

No segundo capítulo será enfrentada a solidariedade especificamente, partindo de uma abordagem inicial que permitirá compreender desde a sua origem como um elemento eminentemente moral até a sua aplicação atual no constitucionalismo brasileiro e de outros países. Estabelecida a solidariedade como um elemento jurídico-normativo, ficará explícita a sua capacidade de influir de maneira significativa na questão da efetivação dos direitos.

Em uma sequência, as teses tradicionais da reserva do possível e do mínimo existencial, que reduzem a complexidade do direito à saúde, precisam ser enfrentadas para que o custo das prestações de saúde não sejam transformados em uma mera desculpa para o não cumprimento do direito, mas que também não legitimem a crença em um direito líquido e certo que precisa ser realizado sobre qualquer hipótese. Para tanto, na sequência será analisada a questão de como comportamentos ativistas do judiciário brasileiro vêm individualizando um direito que originalmente é social, bem como, muitas vezes, atuando de maneira contrária à realização da justiça social.

No terceiro e último capítulo a abordagem a ser feita será a partir de como a solidariedade jurídico-normativa pode ser utilizada como um novo horizonte para a questão da judicialização individual excessiva da saúde. A partir da constatação de que a saúde deve ser promovida através de políticas públicas comprometidas com a redução das desigualdades, percebe-se que a solidariedade ainda é um desafio para o sistema de saúde brasileiro, que, por vezes, privilegia a característica de universal da saúde em desprezo às demais características comprometidas com a justiça social.

Considerando-se que a postura dos juízes é fundamental para promoção da solidariedade ou do individualismo, observar a solidariedade jurídico-normativa como uma tese capaz de desvelar a questão para além da reserva do possível e do mínimo existencial aparece como uma nova possibilidade para o enfrentamento do problema. Por fim, já em sede de conclusão, far-se-á uma síntese dos principais objetivos e resultados alcançados com a pesquisa.

## **1. COMPREENDENDO O PROBLEMA: OS DIREITOS SOCIAIS (E O DIREITO À SAÚDE) NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

A compreensão do Constitucionalismo Contemporâneo começou a se formar a partir do segundo pós-guerra Mundial, tendo sido incorporado pelo constituinte brasileiro de 1988 e repercutindo amplamente, tanto na teoria do Estado, quanto na da Constituição. Todavia, a discussão sobre o tema ainda se faz presente, não apenas porque a força normativa da Constituição é assunto que sempre precisa ser debatido, mas, principalmente, porque vivemos em um país onde as promessas da modernidade previstas no texto constitucional ainda reclamam uma maior efetividade.

Sob este contexto, o “constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”, isto é, não há um poder soberano, nem do ponto e vista jurídico, nem político, que se sobreponha aos direitos de cidadania positivados pelo constituinte. (STRECK, 2017b, p. 69).

A Constituição de 1988 inovou quanto aos direitos fundamentais, prevendo em seu corpo o direito à saúde como um direito fundamental social, assim, para fins de abertura da pesquisa faz-se necessário uma abordagem deste. Tanto de suas implicações em um Estado Democrático de Direito, quanto sobre o fato de passados trinta anos de sua positivação como um direito fundamental ainda não ter sido plenamente efetivado, passando pela questão de como a judicialização do direito à saúde parece estar individualizando um direito social.

### **1.1 O estado d'arte dos direitos sociais: a questão do direito à saúde**

Em tempos de fragmentação do Direito, em que vivenciamos uma época de prevalência de um papel protagonista do Judiciário, bem como, um período de considerável déficit na produção da doutrina crítica, torna-se extremamente relevante para a presente pesquisa abordar a temática dos direitos sociais, precipuamente no que diz respeito ao direito à saúde a fim de se compreender o atual estágio de judicialização da saúde em nosso país.

Analisando-se um contexto mundial, as primeiras Constituições a preverem expressamente os direitos sociais foram a Mexicana de 1917<sup>14</sup> e a Alemã de 1919<sup>15</sup>, sendo consideradas como referências quanto ao avanço do Estado Social. Embora a Alemanha, em 1883, tenha sido o primeiro país a prever em sua legislação um sistema de saúde universal, com a Lei do Seguro Doença de Bismarck, ou *Krankenversicherung*<sup>16</sup>, a Constituição italiana<sup>17</sup>, de 1948, foi a primeira a prever expressamente o direito à saúde como fundamental, de interesse da coletividade e intimamente ligado ao respeito à pessoa humana. (DANELLI JUNIOR, 2013).

Em que pese o pioneirismo da Constituição mexicana, a saúde pública do México não pode ser considerada como modelo para os demais países, visto que sua evolução não foi muito significativa, havendo, ainda hoje, uma fragmentação tanto do serviço, quanto do acesso à saúde pública. Já a Alemanha, mostra-se como um exemplo a ser considerado, pois através de mecanismos de solidariedade, como a contribuição para o seguro saúde de acordo com a renda, consegue aliar seguro

---

<sup>14</sup> A *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917* é a atual Constituição da federação mexicana, foi promulgada em 5 de fevereiro de 1917 pela Assembleia Constituinte reunida na cidade de Querétaro, entrando em vigor no dia 1 de maio, substituiu a Constituição do México de 1857 e foi a primeira constituição da História a incluir em seu texto os chamados direitos sociais, dois anos antes da Constituição de Weimar. (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 05 de febrero de 1917*).

<sup>15</sup> A Constituição de Weimar (*Weimarer Verfassung*) foi oficialmente a Constituição do Império Alemão (*Verfassung des Deutschen Reichs*), declarou a Alemanha como uma república democrática parlamentar e permaneceu em vigor durante toda a existência do Terceiro Reich de 1933-1945. (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Extrato da Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919 - Constituição de Weimar). Representa o auge da crise do Estado Liberal do século XVIII e a ascensão do Estado Social do século XX, tendo sido um marco para o movimento constitucionalista que consagrou os direitos sociais de segunda dimensão. A existência da República de Weimar pode ser dividida em três fases: uma fase de instabilidade política e econômica, entre 1919 e 1923; uma fase de recuperação e estabilização, entre 1923 e 1929; e uma nova fase de crise, decorrente da quebra da Bolsa de Nova Iorque e com a ascensão do nazismo, entre 1929 e 1933. (Fonte: Brasil Escola. “República de Weimar e a ascensão do nazismo”. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/república-weimar-ascensao-nazismo.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017).

<sup>16</sup> O Chanceler alemão Otto Von Bismarck é considerado como responsável pelo nascimento da Previdência Social, com a edição da lei de seguros sociais em 1883. (Fonte: Educação uol. Biografias. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/biografias/otto-von-bismarck.jhtm>. Acesso em: 30 mai. 2017).

<sup>17</sup> Art. 32 della *Costituzione della Repubblica Italiana del 1948*: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*” (*Costituzione Della Repubblica Italiana, de 22 de dicembre de 1947*). (A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser forçado a um tratamento médico específico, a menos que exigido por lei. A lei não pode, sob quaisquer circunstâncias, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana. - Tradução livre).



estatal e seguro privado de forma a garantir tanto acesso, quanto serviços universais de saúde.

No âmbito do Direito Constitucional brasileiro, desde 1824, a saúde encontrava-se expressa na Constituição<sup>18</sup>, todavia, por anos, não era considerado fundamental e não amparava toda a população de maneira igualitária, em outras palavras, o direito à saúde era apenas para quem podia pagar, restando aos pobres, meramente o amparo nas Casas de Misericórdias. Ao longo das Constituições brasileiras foram poucas as menções sobre o direito à saúde antes da Carta de 1934, todavia, mesmo as Constituições do século XX ainda foram bastante tímidas, trazendo apenas algumas previsões sobre a competência para legislar a respeito das normas de saúde e sobre o direito à assistência sanitária e médica aos trabalhadores.

Além de estar dentre os direitos fundamentais, o constituinte de 1988 reservou uma seção, dentre o Capítulo “da seguridade social”, para a saúde, mais precisamente no art. 196<sup>19</sup>, onde prevê que este direito, de caráter universal e igualitário, deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas, ou seja, sua correta efetivação mostra-se como essencial para a justiça social. A Constituição Federal de 1988, com o apoio do “Movimento da Reforma Sanitária”<sup>20</sup> e seu lema “saúde como direito de cidadania e dever do Estado” trouxe inovações de suma importância para os direitos humanos no Brasil. Até mesmo, pode-se afirmar que “pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância”, isto porque, a previsão constitucional dos direitos

---

<sup>18</sup> Art. 179, inciso XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos. (Constituição política do império do Brasil, de 25 de março de 1824).

<sup>19</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Seção II - Da Saúde)

<sup>20</sup> O movimento da Reforma Sanitária nasceu no contexto da luta contra a ditadura, no início da década de 1970. A expressão foi usada para se referir ao conjunto de ideias que se tinha em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde. Essas mudanças não abarcavam apenas o sistema, mas todo o setor saúde, em busca da melhoria das condições de vida da população. Grupos de médicos e outros profissionais preocupados com a saúde pública desenvolveram teses e integraram discussões políticas. Este processo teve como marco institucional a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. As propostas da Reforma Sanitária resultaram, finalmente, na universalidade do direito à saúde, oficializado com a Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde (Fonte: Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria>. Acesso em: 30 mai. 2017).

fundamentais sociais é inédita quando se fala de Direito Constitucional no Brasil. (SARLET, 2012, p. 63).

No momento em que a saúde passa a ser concebida como um direito fundamental de todos os cidadãos perde seu caráter assistencial, aos menos afortunados não é mais necessário esperar pela caridade alheia, assim, passa a ser responsabilidade do Estado a elaboração de ações positivas que permitam uma maior qualidade de vida de seus indivíduos, uma garantia de que estes alcancem um bem-estar social.

Analisar o contexto histórico, mesmo que brevemente, mostra-se como importante para um maior entendimento das raízes desse estado da arte, pois, mesmo diante de um texto constitucional novo, farto em novos direitos, as velhas premissas positivistas parecem ainda estar presentes no constitucionalismo brasileiro, o que tende a interferir diretamente na atual situação de “baixa constitucionalidade”<sup>21</sup> e causa incompreensões no tocante à efetivação dos direitos sociais, propiciando decisões discricionárias que só agravam sua crise de aplicabilidade.

Além de tornar a saúde um direito fundamental social, a Constituição de 1988 trouxe em seu texto a previsão da jurisdição constitucional, a partir destas duas inovações constitucionais surge o fenômeno que intitula esta pesquisa, a judicialização da saúde. Nos últimos tempos, dentre as inúmeras ações judiciais referentes à saúde, as ações de medicamentos tem sido a maioria, o impacto desta judicialização da saúde nos cofres públicos<sup>22</sup> é tanto que no ano de 2007 o Supremo Tribunal Federal decidiu admitir a repercussão geral do Recurso Extraordinário n.º 566471<sup>23</sup> que trata do dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo a pessoas portadoras de doenças graves.

---

<sup>21</sup> A expressão “baixa constitucionalidade” vem sendo utilizada por Lenio Luiz Streck para exprimir o fenômeno decorrente, dentre outros aspectos, de uma compreensão do novo com os olhos do passado. Para uma melhor compreensão, ver a obra “Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica”, da autoria de Streck.

<sup>22</sup> De acordo com notícia do Tribunal de Contas da União, os gastos da União e dos Estados cresceram 1.300% devido às demandas judiciais por fornecimento de medicamentos entre 2008 a 2015, neste período de oito anos, as despesas do Ministério da Saúde com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão (Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018).

<sup>23</sup> O caso em questão trata de Recurso Extraordinário, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, onde se discutiu, à luz dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §§1º e 2º da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou, não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo para portadores de

A questão dos medicamentos de alto custo, não previstos nas listas do Sistema Único de Saúde (SUS) e não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)<sup>24</sup> nos mostra a relação entre solidariedade e individualismo presente na questão da judicialização da saúde, pois trata-se de uma situação individualizada que pode colocar em risco a assistência global da saúde para a sociedade como um todo. Em uma sociedade onde a solidariedade é um objetivo constitucional fundamental da República, propósitos individuais não deveriam se sobrepor aos coletivos, todavia, quando o Estado não proporciona a realização das promessas constitucionais e não fomenta a solidariedade, a situação de alta litigiosidade individual<sup>25</sup> vivenciada pelo Estado brasileiro é praticamente inevitável.

Com a chegada dos processos judiciais relativos ao direito à saúde aos tribunais superiores, em 2009 o Supremo Tribunal Federal convocou uma audiência pública<sup>26</sup> para ouvir especialistas sobre o tema, com a intenção de formar jurisprudência sobre o tema. A partir de então, no ano seguinte, o Conselho Nacional

---

doenças graves que não possuem condições financeiras para comprá-los, tendo como Relator do caso o Ministro Marco Aurélio Mello e com Repercussão Geral admitida em 07/12/2007. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 24 mar. 2018).

<sup>24</sup> De acordo com o Tribunal de Contas da União, no período compreendido entre o ano de 2010 até 2015, mais de 53% dos gastos estatais com o cumprimento de ordens judiciais de pagamento de medicamentos estão concentrados em três medicamentos (Elaprase®, Naglazyme® e Soliris®) que não fazem parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename). Ainda, tais medicamentos encontram-se na lista dos onze medicamentos mais caros do mundo, de acordo com uma tradicional pesquisa feita pela faculdade de medicina da Universidade Harvard. Ainda, destaca-se o fato do medicamento Soliris® sequer possuir registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (Fonte: Acórdão 1787/2017- TCU – Plenário, Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=575330>. Acesso em: 23 mar. 2018).

<sup>25</sup> Conforme a pesquisa “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências” feita em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, predominantemente as ações judiciais relativas ao direito à saúde versam sobre aspectos curativos (medicamentos, tratamentos, próteses, etc.) e não sobre aspectos preventivos (vacinas, exames etc.), ou seja, são predominantemente individuais e a taxa de sucesso é alta. Em termos de quantidade, a maior parte dos processos concentra-se nos Tribunais de Justiça de São Paulo, do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais e em sua maioria as causas envolvem valores acima de 40 salários mínimos, enquanto na Justiça Federal esse valor passa para 60 salários.

<sup>26</sup> A Audiência Pública foi convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal à época e ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, com a finalidade de que os esclarecimentos prestados fossem utilizados no julgamento dos processos de competência da Presidência do Supremo Tribunal Federal e que versam sobre o tema. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 23 mar. 2018).

de Justiça instituiu um grupo de trabalho, cujas pesquisas resultaram na Recomendação n.º 31, que estabelece algumas diretrizes<sup>27</sup> a serem observadas pelos juízes de primeiro grau e tribunais de segunda instância quando das suas decisões em processos judiciais que envolvam a questão da assistência à saúde. Todavia, tendo em vista os resultados de pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2015<sup>28</sup>, nem os juízes de primeiro grau, nem os tribunais de segunda instância têm levado em consideração, nas decisões de processos de judicialização da saúde, as diretrizes recomendadas pela Recomendação n. 31 do Conselho Nacional de Justiça, tampouco as posições fixadas com a audiência

---

<sup>27</sup> Dentre as diretrizes estabelecidas pela Recomendação n. 31 do Conselho Nacional de Justiça, destacamos:

“Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instituir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive Classificação Internacional de Doenças (CID), contendo prescrição de medicamentos, com denominação genética ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respetivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecidas pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades e saúde pública ou conveniadas ao Sistema Único de Saúde, dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON”. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n.º 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. (Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf). Acesso em: 26 mar. 2018. p.02-04).

<sup>28</sup> De acordo com a pesquisa “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências” feita pelo Conselho Nacional de Justiça a maioria das decisões judiciais: “não citou ou tomou como referência a Audiência Pública que o Supremo Tribunal Federal realizou em 2009, tampouco adotou quaisquer posições que estiveram presentes nesta audiência; não citou ou tomou como referência as contribuições do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema, especialmente as Recomendações n. 31 e n. 36; e não citou ou tomou como referência as contribuições do Fórum Nacional de Saúde e dos Comitês estaduais na atividade judicante” (ANSENSI; PINHEIRO, 2015, p.16).

pública do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro Comitê ou Fórum de saúde.

Esta intensa litigância individual pela efetivação judicial da saúde tende a resultar em uma maior intensificação do protagonismo do Judiciário. Seja em uma comarca do interior ou no plenário do Supremo Tribunal Federal, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, e cada vez mais as decisões judiciais podem ser consideradas como eivadas de convencimento pessoal e subjetivismo, o que não parece como compatível com uma efetivação social e solidária do direito à saúde.

A baixa produção crítica da doutrina jurídica costuma interferir diretamente na fragilização do Direito e na proliferação de atitudes subjetivas por parte de seus intérpretes. Este cenário, de “deficiência, insuficiência e omissão da doutrina” tende a facilitar a ocorrência de “desvios políticos, pragmáticos e de conveniência”, que deixam de lado a “normatividade multifacetária” da Constituição e o “papel democrático da jurisdição” para dar lugar à “velhas práticas interpretativas” e “ultrapassadas premissas do dogmatismo liberal-individualista”. (FERREIRA, 2016, p. 29-30).

Os direitos sociais, apesar de não serem considerados como direitos coletivos, trazem consigo uma forte proximidade com o Princípio da justiça social, além de serem (em sua maioria) fruto de lutas das classes operárias, têm grande importância na busca pela redução das desigualdades. (SARLET, 2012, p. 48). Para tanto, a justiça social mostra-se como máxima anterior ao direito à saúde, estando enraizada em seu conceito como um direito fundamental social e precisa ser levada em consideração no momento da interpretação, sob pena de afronta hermenêutica e democrática.

A plena realização dos direitos fundamentais sociais mostra-se como condição para a justiça social e constitucional. Neste sentido, o papel dirigente da Constituição manifesta-se como um novo paradigma no Estado Democrático de Direito, que permite um deslocamento da tensão dos demais poderes para o Judiciário na tentativa de efetivar os direitos. No caso brasileiro, isso denota a existência e proliferação de uma crise de paradigmas, que teve início com o constituinte de 1988 e as promessas da modernidade materializadas no texto

constitucional, sendo continuada pela atual judicialização individual excessiva dos direitos sociais.

No tocante às categorias<sup>29</sup> de direitos fundamentais, os direitos sociais são considerados como prestacionais, ou seja, direitos que demandam uma “conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática”. (SARLET, 2012, p. 283). Mesmo que existam alguns direitos sociais aptos a representarem liberdades, considerados como equiparados aos direitos de defesa, e hajam direitos sociais prestacionais com uma dimensão negativa, a classificação como um direito prestacional de dimensão positiva é exatamente o caso do direito à saúde.

Ainda que o direito à saúde reclame ações positivas que demandam prestações econômicas do Estado, não se pode olvidar que se trata de uma norma programática, com eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, que demanda um novo compreender do Direito. No caso da saúde, não há que se falar em falta de lei regulamentadora, visto que esta já existe, todavia, mesmo que não houvesse tal lei, é necessário compreender que a fonte do Direito é a própria Constituição, que independe de qualquer lei para que se exija eficácia.

Dentre o problema central desta pesquisa, qual seja, a judicialização da saúde, temos no cenário brasileiro, de modernidade tardia e baixa reflexão jurídica, um ambiente propício para decisões que podem ser classificadas como ativistas, o que pode acabar prejudicando a aplicabilidade do direito à saúde em sua forma social e solidária.

O conceito de Estado de Bem-Estar Social em conjunto com o de Estado de Direito, formam o que Constituição de 1988 nomeia de “Estado Democrático de Direito”<sup>30</sup>, que conduz a questão social em conjunto com a questão da igualdade. Assim, enquanto o Estado Social surge a partir da crítica ao paradigma liberal/individualista, o modelo de Estado Democrático de Direito, desponta como uma superação ao Estado Social, estabelecendo dentro do próprio texto

---

<sup>29</sup> Quanto às categorias dos direitos fundamentais, ver a obra “A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional” da autoria de Ingo Wolfgang Sarlet, que aborda o tema em pormenores.

<sup>30</sup> Art. 1º, da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

constitucional os mecanismos para que as promessas da modernidade sejam resgatadas. (STRECK, 2003, p. 265).

No decorrer dos anos o papel do Direito vem se transformando, passando de uma função meramente ordenadora, durante o Estado Liberal, para uma função promotora no chamado Estado Social. Atualmente, em tempos de Estado Democrático de Direito, a função estatal passa a ser “transformadora, onde o polo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais”. (STRECK, 2003, p. 266-267).

O papel do Estado Democrático de Direito e da plena realização da democracia através da efetivação dos direitos fundamentais é ponto crucial a ser discutido em um período onde o fenômeno da globalização é preponderante, especialmente em um país como o Brasil, onde a constitucionalização dos direitos de cidadania se deu em momento imediatamente após a saída de um regime autoritário.

Assim, uma efetiva democracia e a consequente efetivação justa dos direitos fundamentais sociais, só poderá ser atingida a partir de instituições políticas e democráticas fortes, caso contrário, corre-se o risco de uma regressão em termos de direitos, tanto sociais, quanto de democracia. Nesse contexto, a importância da independência e da harmonia entre os Poderes da União se mostra presente, pois quando um Poder se sobrepõe, enfraquece os demais, causando prejuízos incalculáveis à democracia e aos fundamentos do Estado.

Principalmente em um país como o Brasil, onde, mesmo após a Constituição Federal de 1988, tida como cidadã, ainda vivemos “um imenso déficit social”, onde as desigualdades sociais e econômicas ainda preponderam, é indispensável a defesa “das instituições da modernidade”, diante de tamanho abismo social não há como se admitir um Estado fraco, pois apenas um Estado forte pode garantir a efetivação dos direitos diante de um contexto de globalização cada vez mais neoliberalista. (STRECK, 2014a, p. 28).

Nos anos 90, quando a saúde começou a ser judicializada no Brasil, as ações que foram propostas, inicialmente e de forma intensa, foram ajuizadas por advogados ligados às organizações não governamentais - ONGs (SCHEFFER; LAZZARINI; GROU, 2005). Este dado não comprova que as ações judiciais foram

propostas por pessoas realmente necessitadas, todavia, os trabalhos de conscientização do Estado sobre o tratamento do vírus HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana, do inglês *Human Immunodeficiency Virus*) feitos por estas organizações não governamentais foram fundamentais para a criação e consolidação de políticas públicas que hoje são universais e eficazes no tratamento da doença.

Tendo em vista que a Aids (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, do inglês *Acquired Immunodeficiency Syndrome*) chegou a ser considerada como uma epidemia<sup>31</sup> mundial, por mais que as ações judiciais fossem individuais, seus resultados impactaram na sociedade de maneira positiva e coletiva, ou seja, a judicialização teve como produto a solidariedade, diferentemente do que temos visto nas ações de saúde da atualidade.

Os medicamentos mais populares solicitados via ação judicial não chegam a gerar um grande impacto nas contas públicas, bem como, a grande maioria das ações de medicamentos e internações hospitalares são ajuizadas pela Defensoria Pública<sup>32</sup>, o que pode dar a falsa sensação de que a judicialização da saúde atende aos mais necessitados. No entanto, atualmente mais da metade dos gastos com cumprimento de ordens judiciais de pagamento de medicamentos concentram-se em apenas três medicamentos que são utilizados para o tratamento de duas doenças consideradas raras.<sup>33</sup>

Dentre os três medicamentos judicializados mais caros, dois deles são indicados para o tratamento das mucopolissacaridoses<sup>34</sup> (MPS), doenças genéticas, metabólicas e degenerativas que se manifestam na infância e reduzem a expectativa

---

<sup>31</sup> Segundo a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), a Aids foi considerada como uma epidemia, principalmente desde 1977 (quando os primeiros casos da infecção foram vistos nos Estados Unidos, no Haiti e na África Central) até 1984 (quando o vírus da Aids foi isolado nos Estados Unidos). Disponível em: <http://www.ioc.fiocruz.br/aids20anos/linhadotempo.html>. Acesso em: 23 mar. 2018.

<sup>32</sup> Conforme Relatório de Auditoria - Acórdão 1787/2017 do TCU. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultoPagina=S&item0=575330>. Acesso em: 23 mar. 2018.

<sup>33</sup> Conforme Relatório de Auditoria - Acórdão 1787/2017 do TCU. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultoPagina=S&item0=575330>. Acesso em: 23 mar. 2018.

<sup>34</sup> As pessoas portadoras de mucopolissacaridose apresentam um acúmulo de glicosaminoglicanos ou GAGs, que são longas cadeias de moléculas de açúcar usadas na construção dos ossos, cartilagem, pele, tendões e outros tecidos do corpo. Como efeito a doença prejudica progressivamente o movimento das articulações, pode causar deficiência mental progressiva e pode levar à morte na infância. (Introdução às mucopolissacaridoses. Serviço de Genética Médica. Hospital de Clínicas de Porto Alegre. UFRGS: Porto Alegre, 2002.)



de vida dos seus portadores, sendo que dentre os onze tipos de mucopolissacaridoses, há medicamentos para apenas três. A partir de uma pesquisa feita entre os anos de 2006 e 2010, constatou-se que um único advogado privado é o responsável pelo patrocínio de 36% das ações que pretendem estes medicamentos e 60% destas ações estão concentradas com apenas três advogados particulares, o que nos sugere a “tese da judicialização da saúde pelas elites”. (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013).

Embora o simples fato dos autores das ações judiciais estarem sendo representados por advogados particulares não se mostre como um indicador concludente de posição de classe social e econômica, as circunstâncias extremamente particulares da busca por tratamento de uma doença tão rara e de difícil diagnóstico em conjunto com os custos da contratação de uma advocacia privada especializada podem ser um obstáculo para pessoas muito pobres. Ainda, o fato de uma quantidade considerável de valores estarem sendo desviados do orçamento da saúde pública com a finalidade de serem destinados para o tratamento de uma parcela tão pequena e específica da população sugere um inconveniente na realização da solidariedade constitucional.

Os direitos sociais apenas passaram a ser reconhecidos como sendo direitos humanos e, conseqüentemente, direitos fundamentais, devido ao Princípio da solidariedade, todavia, a globalização e o liberalismo econômico vêm abalando de certa forma os direitos sociais, por disseminar um sentimento individualista em conjunto com situações de exclusão social. (COMPARATO, 2015).

Apesar do legislador constituinte ter mantido uma adequada harmonia com a evolução constitucional contemporânea e com o direito internacional, o Estado brasileiro aparenta ainda não conseguir dar a esperada efetividade aos direitos fundamentais, após trinta anos de Constituição as promessas da modernidade continuam não sendo plenamente cumpridas.

Isto é, o Brasil parece ser falho em políticas públicas capazes de combater as desigualdades e de promover uma correta aplicabilidade dos direitos sociais. A questão social trouxe consigo a desafiadora mudança de um Estado mínimo, para um Estado intervencionista, ao mesmo passo que fez com que diversas incompreensões sobre a saúde como um direito social fossem levantadas.

## 1.2 Direito à saúde e as promessas não cumpridas da modernidade

Dentro desse cenário de inefetividade de direitos sociais, a questão do direito à saúde tem uma dimensão quase que essencial para a prestação de serviços públicos e/ou políticas públicas. Partindo de uma perspectiva hermenêutica, é necessário fazer uma reconstrução histórica institucional do instituto do direito à saúde, para que seja possível compreender porque a individualização deste direito pode acabar gerando diversas incompreensões sobre o tema, alterando sua essência original.

A saúde mostra-se como um dos direitos sociais mais tradicionais, o direito sanitário, responsável por políticas de saneamento e de higienização, pode ser considerado como um antecedente do atual direito social à saúde, pois bem, em nosso país “saúde pública sempre significou atenção médica preventiva ou curativa”. (CATÃO, 2011, p. 444).

A partir da consolidação do Estado Democrático de Direito, houve um maior crescimento de programas e de benefícios sociais sob a finalidade da redução das desigualdades sociais, e com isso, tanto o direito à saúde, quanto os serviços médicos “transformaram-se em bens de consumo coletivo”, abandonando-se a dimensão assistencial e individual da saúde e partindo-se para um claro “pensamento da saúde coletiva no nosso país”. (CATÃO, 2011, p. 2196).

No decorrer da história, os avanços e conquistas no campo dos direitos sociais foram alcançados concomitantemente com o exercício político da democracia. A efetivação judicial do direito à saúde no Brasil suscita avanços e desafios para as políticas públicas, na medida em que a intervenção do Poder Judiciário se torna uma prática corriqueira, surgem diversas incompreensões sobre o tema capazes de alavancar crises.

Desde o império o Brasil tratou a saúde com descaso, foram mais de cento e cinquenta anos de textos constitucionais que menosprezavam o direito à saúde, repentinamente, o constituinte de 1988 surgiu com todas as promessas da modernidade, elevando a saúde à categoria de direito fundamental, universal e igualitário, constituindo, assim, um conjunto amplo de deveres do Estado para com os cidadãos. Pois bem, nos parece que nem os legisladores, nem os cidadãos

(principalmente após vivenciarem tantos anos de governos autoritários) estavam preparados para lidar com uma Constituição tão rica em direitos.

Nesse contexto de direitos não efetivados, há que se considerar que “após a promulgação da Constituição não houve um ‘acontecer constitucionalizante’ no País. A falta de uma teoria constitucional adequada e a própria crise do direito foram fatores preponderantes para a inefetividade do texto”. (STRECK, 2018, p. 155).

O advento de um novo texto constitucional e de novos direitos não necessariamente quer dizer o surgimento de uma nova sociedade apta a reivindicar a aplicabilidade correta desses novos direitos e capaz de suportar os deveres sociais advindos destes. Tampouco significa o estabelecimento automático de um novo Estado, apto a pôr em prática a nova redação constitucional.

Entretanto, este não parece ser um problema exclusivo do Brasil, mas sim, comum a diversos países de modernidade tardia que passaram a positivizar constitucionalmente direitos sociais em um momento em que os direitos de liberdade sequer haviam sido plenamente realizados. Sobre isso, Norberto Bobbio alerta para a questão da dificuldade em proteger tais direitos:

Finalmente, descendo do plano do ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. [...] À medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade [...]. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. (BOBBIO, 2004, p. 60).

Um simples olhar sobre a atual situação fática do Brasil pode atestar o não cumprimento das promessas constitucionais, bem como a dificuldade que um país de modernidade tardia encontra para proteger direitos de ordem social e coletiva. A litigância individual pela efetivação do direito à saúde fundamentada unicamente no direito à vida ao lado de um cada vez maior protagonismo dos julgadores são comportamentos que podem ser utilizados como exemplos para a situação entre o “real” e o “ideal” alertada por Bobbio.

Passados trinta anos da entrada em vigor da Constituição Cidadã<sup>35</sup> as promessas da modernidade proclamadas em 1988 parecem ainda não terem sido

---

<sup>35</sup> A Constituição Federal de 1988 foi apelidada pelo Presidente da Assembleia Constituinte, Ulisses Guimarães, de “Constituição Cidadã”, por ter contado com ampla participação popular em sua elaboração e pela positivação de inéditos direitos de cidadania. (Fonte: Câmara dos Deputados.

plenamente cumpridas, efetivar direitos sociais ainda é um desafio que provoca diversos dilemas e controvérsias. Este cenário de promessas não cumpridas, se deu, segundo a ótica exposta por Lenio Streck, devido à alguns problemas, que seriam os responsáveis pela não efetividade dos direitos trazidos pela Constituição de 1988:

Há que se detectar os problemas que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivessem, até hoje, efetivação: a prevalência/dominância do paradigma da filosofia da consciência, refratário à guinada linguístico-hermenêutica, de cunho objetificante (portanto metafísico), que provocou a entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição); a não existência de um Estado Social no país, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); a prevalência do paradigma liberal de Direito, mormente pela coexistência promíscua de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente; o não estabelecimento de um tribunal constitucional ad-hoc; o processo de globalização e das políticas neoliberais, são alguns fatores que obstaculizam a implantação daquilo que aqui denomino de “realização das promessas da modernidade”. (STRECK, 2003, p. 260).

A modernidade em conjunto com a globalização tende a nos direcionar na busca por um Estado mínimo interventor, principalmente em tempos de crise econômica e política, onde as ideias liberais encontram-se em pleno crescimento. Todavia, falar em Estado mínimo, principalmente no campo da saúde, pode significar retroagir para um passado não tão distante, onde os direitos apenas existiam para quem podia pagar por eles.

Logo, qualquer tentativa de minimização do Estado em um país como o Brasil que sequer passou pelo Estado Social e sempre foi muito mais benevolente com as elites, deve ser vista como inaceitável. Ainda vivemos “um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade, por isso, o Estado não pode ser fraco”, principalmente porque “em *terrae brasilis*, as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso! O *apartheid* social”. (STRECK, 2014a, p. 28-29).

O enfraquecimento do Estado, promovido por políticas liberais, além de aumentar o abismo entre pobres e ricos em nosso país, fomenta a crise (em seus mais amplos aspectos). Mais especificamente, a fragilização do Estado tende a gerar uma crise do Direito, ou como se tem falado, uma crise do Poder Judiciário, que “não é, originalmente dele, senão de que o produz, o Estado”, pois quando o

---

“30 anos da Constituição da Cidadania”. <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>. Acesso em: 07 ago. 2018.)

Estado é fragilizado, “todos os seus produtos passam a exibir as marcas dessa fragilização”. (GRAU, 2014, p. 15).

Se a ampliação de direitos se mostra como “um sinal de progresso moral da humanidade”, o não cumprimento das promessas da modernidade pode ser visto como um retrocesso do Estado, pois este “crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos”. (BOBBIO, 2004, p. 60). Previsão constitucional sem a devida aplicabilidade não parece caracterizar um direito, mas apenas uma promessa constitucional de direitos.

Além de um retrocesso, o não cumprimento das promessas da modernidade, gera um déficit, que, na visão de Lenio Streck pode ser preenchido com a aplicação de uma teoria da Constituição pertinente à realidade dos países. Seria esta uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)”, pois o importante na questão das promessas da modernidade não é o “conteúdo compromissário” do texto constitucional, mas sim a previsão de “correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática”, pois de nada adiantam previsões constitucionais revolucionárias quando o Estado não provem meios para que tais previsões se tornem realidade. (STRECK, 2003, p. 276).

Os problemas sociais do Brasil, desde antes de 1988, são cotidianos de países de modernidade tardia e baixa constitucionalidade, todavia, sua Constituição proclama o Brasil como sendo uma República que visa erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, dentre outras promessas. Assim, pode-se perceber um paradoxo entre texto o constitucional e a realidade, já que, até hoje, nosso país ainda possui um verdadeiro abismo separando o discurso apresentado na Constituição e a efetiva concretização dos direitos.

Considera-se que tal paradoxo só poderá ser superado a partir de uma nova visão por parte dos juristas e do Judiciário:

Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da justiça constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade. (STRECK, 2014b, p. 39).

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu corpo a previsão dos mecanismos adequados para garantir a efetividade do direito à saúde, isto é,

mediante políticas sociais e econômicas<sup>36</sup>, ocorre que, a jovem democracia brasileira possui poderes legislativo e executivo pouco atuantes na regulamentação dos direitos e na promoção de políticas públicas eficazes. Por vezes o direito é previsto constitucionalmente, mas não há legislação infraconstitucional regulamentando sua aplicabilidade e quando tal lei existe, muitas vezes não há um devido estudo prévio para que sejam aplicadas políticas públicas que realmente venham a gerar resultados eficazes.

Isso é justamente o que ocorre na questão da saúde, em 1990 tal direito foi regulamentado pela lei n.º 8.080<sup>37</sup> que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), todavia, até hoje há um déficit nas políticas públicas de saúde, como na questão da distribuição de medicamentos, nos tratamentos especializados, nas realizações de exames e procedimentos cirúrgicos, que demandam boa parte das ações judiciais relativas à saúde.

Ainda que a lei n.º 8.080 não tenha resolvido todas as situações relativas ao direito à saúde, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em decisão no RE 271.286-AgR<sup>38</sup>, atenta para a necessidade do cumprimento deste direito, para que não venha a “converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever”.

O impasse tende a ocorrer quando o judiciário extrapola seu papel institucional e passa a decidir mesmo quando há uma política pública, isso além de ferir o princípio democrático, prejudica a solidariedade e pode gerar ainda mais desigualdade social.

A questão do conflito entre a ânsia popular pela realização das promessas constitucionais e a solidariedade pode ser observada nos casos dos medicamentos de alto custo<sup>39</sup>, já mencionadas anteriormente. Nesses casos a enorme

---

<sup>36</sup> Vide art. 196, *caput*, da CF/1988.

<sup>37</sup> Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

<sup>38</sup> RE 271.286-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.

<sup>39</sup> “Os medicamentos para o tratamento das mucopolissacaridoses são citados como um caso paradigmático para o estudo da judicialização da saúde. Eles estão entre os mais caros no cenário da judicialização nacional e têm, cada um, sua produção monopolizada por uma única empresa

desigualdade social e econômica brasileira só tende a aumentar, pois supõe-se<sup>40</sup> que não são os membros mais pobres da sociedade que recorrem ao judiciário na busca de tratamentos diferenciados de saúde e de drogas experimentais. Tal desigualdade guardaria relação estreita com o binômio “patrimonialismo-estamento” herdado da colonização portuguesa, pelo qual o Estado “é patrimonialista em seu conteúdo e estamental na forma”. (STRECK, 2014a, p. 30).

Tal binômio evidencia-se quando percebemos diversas confusões que ocorrem entre o público e o privado atualmente na sociedade brasileira, como por exemplo empresas privadas recebendo subsídios, incentivos fiscais e financiamentos públicos, enquanto, ao mesmo tempo, se alega que não há dinheiro para o patrocínio de políticas públicas básicas de saneamento básico e saúde preventiva, ou quando notamos a crescente cultura pró privatizações, fomentada pela disseminação da falácia de que o privado é sempre melhor que o público.

Diante das desigualdades e do binômio apresentado, pode ser concluído que no Brasil há dois tipos de pessoas, “o *sobreintegrado* ou *sobrecidadão*, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o *subintegrado* ou *subcidadão*, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso”. (STRECK, 2014a, p.29-30).

Inevitavelmente, o não cumprimento das promessas da modernidade é extremamente mais prejudicial para os que são social e economicamente mais vulneráveis, ou seja, para quem mais precisa o Estado ainda parece falho, o que pode gerar cada vez mais desigualdade.

O almejado não é um Estado mínimo, mas sim um Estado simples, eficaz e transparente, “um Estado subjetivado, onde as instituições diminuiriam devido à responsabilidade cada vez mais compartilhada de todos os cidadãos (O Estado

---

farmacêutica, além de não terem sido incluídos na política de assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde até dezembro de 2011”. (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013, p. 1090).

<sup>40</sup> “A determinação judicial de aquisição de medicamentos para as mucopolissacaridoses implica, portanto, uma compra média por ação superior a 1,1 milhões de reais. O paciente típico (modal) das ações é uma criança com menos de 10 anos, que se mantém em tratamento entre um e três anos, encaminhada por um hospital público e defendida por um advogado privado. Um em cada vinte pacientes foi a óbito durante o tratamento. Uma única empresa distribuidora, a *Uno Healthcare*, responde por 97% dos valores transacionados. Esses processos foram distribuídos a 104 juizes, a maioria deles julgando apenas um processo. Observou-se uma distribuição expressivamente concentrada de advogados. Um único advogado é responsável pelos processos de 70 (36%) pessoas, as quais, em conjunto, correspondem a um gasto de mais de 77 milhões de reais. Constam 40 advogados nos processos, mas apenas três deles estão relacionados a mais da metade de todos os gastos do governo com a judicialização de medicamentos para as mucopolissacaridoses e quase 60% das doses adquiridas. Esses três são advogados privados”. (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013, p. 1093-1094).

somos todos nós)". (DUSSEL, 2007, p. 158). Por isso, a solidariedade entre os cidadãos é um meio possível para se tornar o Estado mais simples e eficaz, assim, no campo da saúde, a solidariedade é indispensável para que o direito à saúde seja plenamente aplicável.

Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>41</sup>, quanto a Constituição da Organização Mundial da Saúde<sup>42</sup>, consideram o direito à saúde como sendo um direito humano fundamental, de conceituação ampla, ligado a outros direitos e pressuposto da vida e da dignidade humana. Para tanto, a Organização Mundial da Saúde define saúde como:

um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

Desde logo pode ser percebida a amplitude do conceito básico de direito à saúde, que abarca uma série de outros direitos que também são fundamentais, podendo-se exemplificar alguns destes que estão englobados dentro do direito à saúde, seriam eles: direito de ser tratado com igualdade e respeito, direito ao meio ambiente saudável, direito a condições confortáveis de moradia, direito aos cuidados básicos de higiene, direito a uma boa alimentação, direito a um ambiente saudável de trabalho e estudo, entre outros.

Justamente, se o Estado conseguisse proporcionar um mínimo de vida saudável a todos os cidadãos brasileiros, chegaríamos a um ideal em que "as pessoas não cheguem a ficar doentes ou tenham o mínimo de doenças", o direito a receber assistência médica só deveria ser exigido após a falha do Estado em satisfazer os direitos menores que são englobados pelo conceito de direito à saúde. (DALLARI, D. A., 2004, p. 76).

---

<sup>41</sup> Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948).

<sup>42</sup> Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - Elaborada na cidade de Nova Iorque, em 22 de julho de 1946, num único exemplar, feito em língua chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa. (Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 10 ago. 2017).



Mesmo levando-se em conta a questão dos direitos que estão englobados pelo direito à saúde, a importância das políticas públicas se faz presente, pois se o Estado proporcionar eficazes políticas de saneamento básico, higiene, saúde do trabalho, vacinação e exames preventivos, certamente a demanda pela saúde curativa, através de medicamentos e procedimentos evasivos, diminui, diminuindo, conseqüentemente a judicialização da saúde.

A boa saúde apresenta-se como um pressuposto essencial à manutenção e ao gozo da vida, referindo-se à vida com dignidade, saudável e com uma certa qualidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013a). Restando como inegável a relação existente entre o direito à saúde e os outros direitos fundamentais, já que uma adequada proteção à saúde é primordial para o usufruto destes, pois sem saúde nenhum ser humano consegue gozar dos demais direitos ou, sequer, reivindicar para que estes sejam cumpridos.

A judicialização acaba sendo legitimada, muitas vezes, sob o argumento de que se o Judiciário não intervir, não é apenas o direito à saúde do cidadão que será violado, mas também o seu direito maior à vida. Sob tal argumento, em um país tradicionalmente fraco em solidariedade e com um judiciário tendente ao protagonismo, a decisão favorável em um pedido judicial relativo à saúde é praticamente inevitável, afinal, nenhum magistrado (quicá nenhum de nós) quer ser tido como o culpado por cercear a vida de alguém.

Ainda, há quem justifique uma maior atuação jurisdicional com o propósito que as promessas da modernidade sejam finalmente plenamente cumpridas, para tanto, “a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos [...] procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde”. (BARROSO, 2007, p. 90).

O Estado Democrático de Direito, instituído através do preâmbulo da Constituição Federal de 1988 deve sempre ser entendido como um instrumento para a transformação social, todavia, o atual paradigma liberal-individualista-patrimonialista em que nosso país se sustenta impede que os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, sejam efetivamente exercidos por todos os cidadãos de uma forma isonômica.

Os direitos fundamentais trazem consigo deveres que devem ser observados pelos cidadãos, principalmente pelos “sobreintegrados” ou “sobrecidadãos”<sup>43</sup> para que a justiça social possa ser efetivada. Superar o individualismo e efetivar os direitos de cidadania passa por reconhecer e enfrentar as crises inerentes à um Estado que pretende ser social.

### **1.3 A judicialização da política e o direito à saúde: entre a jurisdição constitucional democrática e o ativismo (antidemocrático)**

O Direito, a Política e o Judiciário são elementos essenciais, tanto para a judicialização da política, quanto para a própria noção atual de constitucionalismo. De tal maneira que “o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições”. (TASSINARI, 2013, p. 28). Assim, em que pese a relação entre Direito e Política seja de interdependência, o fato da Constituição oferecer limites (implícitos e explícitos) confirma que esta relação não deve ser fundada em decisionismos.

Com o advento de uma nova Constituição, que trouxe um novo contexto social e democrático houve um “deslocamento do polo de tensão” que saiu do Executivo e voltou-se ao Judiciário, precisamente, tais mudanças constitucionais propiciaram a ocorrência do fenômeno da judicialização da política. Para tanto, nas palavras de Lenio Streck:

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume Direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência (e/ou das teorias voluntaristas em geral), mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisso que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. (STRECK, 2017b, p. 225).

Ainda que a lei n.º 8.080, que instituiu o Sistema Único de Saúde, tenha regulamentado o direito fundamental à saúde, a questão do financiamento do

---

<sup>43</sup> Para um melhor entendimento sobre o conceito aqui mencionado de cidadão sobreintegrado ou sobrecidadão, ver: NEVES, Marcelo. “Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente”. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, v. 37, n. 2, Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994, p. 253-276.

sistema brasileiro de saúde pública é, ainda hoje, um dos principais problemas a serem enfrentados. Nesse sentido, o Congresso aprovou no ano 2000 a Emenda constitucional nº 29<sup>44</sup> que estabeleceu a vinculação de recursos nas três esferas de governo para um processo de financiamento mais estável do Sistema Único de Saúde, todavia, passados 18 anos da sua promulgação, tal emenda constitucional ainda não foi devidamente regulamentada, o que prejudica enormemente a satisfação de uma saúde pública universal e de qualidade, propiciando um terreno fértil para a judicialização.

Este cenário demonstra precisamente o deslocamento do polo de tensão exposto por Streck, já que diante de poderes políticos que permanecem apáticos e que se tornam cada vez menos confiáveis devido aos recentes escândalos de corrupção, parece natural que a população volte suas esperanças para um poder não eleito como o judiciário.

O termo “jurisdição constitucional”<sup>45</sup> costuma designar atos do Poder Judiciário de interpretação e de aplicação da Constituição. Especificamente no caso do Direito constitucional brasileiro, esta atribuição do Judiciário se dá de duas formas, quais sejam:

A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. [...] A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). (BARROSO, 2012b, p. 365).

Inevitavelmente, a jurisdição constitucional se fortaleceu com a fase pós-positivista do segundo pós-guerra, devido à força normativa da Constituição, à inércia na execução das políticas públicas e à regulamentação deficiente dos direitos positivados pelo constituinte de 1988. Para Streck (2011, p. 190), “o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição”, assim, em um contexto como o brasileiro,

---

<sup>44</sup> Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

<sup>45</sup> Jurisdição constitucional significa, nos dizeres de Hans Kelsen, “a garantia jurisdicional da Constituição”, e “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. (KELSEN, 2007, p. 123-124). Em outras palavras, é a outorga de poderes a um órgão jurisdicional para verificar a conformação das leis e demais atos ao texto constitucional.

onde passadas três décadas da positivação das promessas constitucionais diversas destas ainda não foram plenamente cumpridas, abre-se um espaço propício para a judicialização.

Sendo a saúde um direito prestacional que exige uma atuação positiva do Estado, a questão da escassez de recursos públicos é sempre um empecilho para sua plena efetivação. Todavia, o dever do Estado em assegurar um mínimo existencial aos seus cidadãos é premissa que deve se sobrepor principalmente quando se trata de um direito como a saúde, que apesar de possuir uma dimensão transindividual é um direito fundamental subjetivo de cada indivíduo e intimamente ligado ao direito à vida e à própria dignidade humana.

Justamente por sua ligação intrínseca com a dignidade humana a tutela jurisdicional individual da saúde não pode ser afastada, “o que não significa dizer que não existem problemas a serem enfrentados e que em muitos casos (mas, não em todos!) a tutela judicial mais adequada e efetiva deva ocorrer de modo coletivo”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 39).

A acentuada judicialização da saúde visualizada no cenário brasileiro atual denota o obstáculo da excessiva individualização de um direito social. Primeiro, no âmbito do próprio judiciário que acaba sendo sobrecarregado com processos repetitivos<sup>46</sup> que poderiam ter uma solução mais célere, eficiente e isonômica se fossem tratados de forma coletiva<sup>47</sup>. Segundo, no âmbito do orçamento público e no

---

<sup>46</sup> Tendo em vista os dados obtidos no Relatório de Pesquisa “Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde” feito por pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e do Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, onde foram analisados acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo julgados entre os anos de 2010 e 2012, relativos à judicialização da saúde, pode-se perceber que a esmagadora maioria dos casos envolve pedidos de fornecimento de medicamento, seguido de um considerável número de pedidos de fraldas, insumos médico-hospitalares e aparelhos. Mais precisamente, dos 659 acórdãos analisados, 512 tinham como pedido principal o fornecimento de medicamentos e 120 o fornecimento de fraldas. (Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18674>. Acesso em: 04 set. 2017).

<sup>47</sup> Com base nos dados do já mencionado Relatório de Pesquisa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, onde foram analisados 659 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, 442 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e 26 do Tribunal Regional Federal da 3ª região, julgados entre 2010 e 2012, relativos à judicialização da saúde, resultou a seguinte constatação: há uma esmagadora preponderância das ações individuais, onde 90,28% das ações encontradas no TJ/SP eram tipicamente individuais, no TRF3 tais ações compuseram 92,3% das ações analisadas e no TJ/MG 89%; havendo ainda uma considerável quantidade de ações pseudocoletivas (ações rotuladas e recebidas como ações civis públicas, ajuizadas pelo Ministério Público em favor de um único indivíduo); já no tocante à ações coletivas, embora tenham sido localizadas, existem em quantidade consideravelmente menor do que as ações individuais, apenas 0,45% do total de acórdãos analisados no TJ/SP referia-se a ações coletivas, enquanto no TRF3 as ações coletivas constituíram 7,6% da amostra e no TJ/MG apenas 0,75%.

prejuízo, a longo prazo, das políticas de saúde, porque tem se verificado uma forte tendência ao aumento dos valores gastos com a judicialização da compra de medicamentos, crescimento que se mostra bem maior<sup>48</sup> do que o avanço dos valores investidos no orçamento da saúde pública.

A expansão da atuação do Judiciário na tentativa de suprir as omissões dos outros Poderes vem sendo alavancada por uma “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”, todavia, é necessário se ater para o fato de que tal crise denota a necessidade “de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”. (BARROSO, 2012a, p. 32).

No Brasil, a judicialização “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”. (BARROSO, 2012a, p. 25). Diante de um cenário onde legislativo e executivo parecem cada vez menos preocupados com as demandas sociais e mostram-se cada vez mais maculados pela reputação de corruptos, parece normal que a população volta suas esperanças ao Poder Judiciário.

Contudo, é necessário cautela quando tratamos da judicialização de direitos sociais, para que não se corra o risco de pouco tempo após sair de um longo período de ditadura política, adentrarmos em uma nova ditadura, desta vez do Judiciário, que poderá aprofundar as desigualdades sociais e econômicas já existentes em nosso país.

De modo geral, sempre que uma norma constitucional não é devidamente regulamentada, ou, quando há regulamentação mas a norma não vem sendo aplicada adequadamente, o Poder Judiciário estaria legitimado a agir, ou seja, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais pela via judicial parece ser plenamente possível quando os Poderes Legislativo e Executivo se omitem ou são inoperantes, mas em oposição, quando há políticas públicas eficientes e quando as normas estão devidamente regulamentadas o Poder Judiciário deve se autoconter. (BARROSO, 2012a).

---

<sup>48</sup> Ao passo que os gastos com o fornecimento de medicamentos pela via judicial cresceram 1.300% entre 2008 a 2015 (Vide nota de rodapé 20), o volume de dinheiro destinado à saúde no Brasil aumentou de forma mais moderada, pois os valores empenhados no período no orçamento fiscal e da seguridade social na função saúde variaram de R\$ 72,24 bilhões em 2011, para R\$ 102,9 bilhões em 2015, representando um crescimento de 41,32% no período (dados orçamentários disponíveis no site do Ministério do Planejamento, Secretaria de Orçamento Federal, <http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias>. Acesso em: 27 abr. 2018).

A judicialização da saúde teve início no Brasil no início da década de 90, mais precisamente, através das demandas individuais solicitando medicamentos e tratamentos para combater o vírus HIV/Aids<sup>49</sup>. Justamente, a intensa demanda judicial por antirretrovirais contribuiu para que esses medicamentos fossem incorporados ao Sistema Único de Saúde e fosse introduzida pelo Governo Federal uma política de combate à Aids<sup>50</sup> que findou por universalizar o acesso aos medicamentos, o que reduziu as ações judiciais à praticamente zero. (SCHEFFER; LAZZARINI; GROU, 2005).

Em certo ponto e observados os limites da jurisdição, a judicialização se mostra saudável, principalmente quando percebemos que algumas políticas de saúde existentes hoje só surgiram a partir da pressão advinda de uma intensa judicialização, como por exemplo os programas que facilitam o acesso aos medicamentos de uso contínuo para pessoas com diabetes e hipertensão<sup>51</sup>, bem como a garantia à reparação estética imediata à mulher que passou por mastectomia para o tratamento de câncer de mama<sup>52</sup>, que se tornaram políticas de Estado após diversas ações judiciais procedentes.

---

<sup>49</sup> Embora a judicialização relativa aos medicamentos para o tratamento do vírus da AIDS tenha começado em 1994, após consideráveis cortes de verbas do Ministério da Saúde, a primeira decisão liminar favorável ao fornecimento de medicamentos do coquetel retroviral contra a AIDS apenas se deu em julho de 1996. A partir daí a organização não governamental GAPA-SP (Grupo de Apoio a Prevenção da Aids) passou a distribuir kits para advogados e para outras organizações, com modelos de petições iniciais e demais informações para se pleitear judicialmente os medicamentos retrovirais. No início dos anos 2000 o Brasil já contava com jurisprudência pacificada no sentido de que o Estado fosse obrigado a fornecer retrovirais a pacientes portadores do vírus. (SCHEFFER; LAZZARINI; GROU, 2005).

<sup>50</sup> Em 13 de novembro de 1996 entrou em vigor a Lei nº 9.313 que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, todavia, tal lei demorou a ser regulamentada a ponto de tornar a distribuição de medicamentos efetivamente universal.

<sup>51</sup> O Programa “Saúde não tem preço” vinculado à Política Nacional de Assistência Farmacêutica e que foi implantada por meio da Lei n.º 10.858/2004, com o objetivo de disponibilizar, gratuitamente, medicamentos indicados para o tratamento de hipertensão, diabetes e asma nas farmácias e drogarias credenciadas no “Aqui Tem Farmácia Popular”. (Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/farmacia-popular/campanha-saude-nao-tem-preco>. Acesso em: 04 mai. 2018). Tal programa acabou com a necessidade do ajuizamento de ações judiciais para que os portadores destas doenças tivessem acesso aos medicamentos que são de uso contínuo e muitas vezes não se encontravam disponíveis nas farmácias públicas.

<sup>52</sup> Após diversas ações judiciais e movimentos da sociedade civil foi aprovada e sancionada a Lei n.º 12.802/2013, que garante a reconstrução imediata da mama, ou imediatamente após haverem condições clínicas para tanto, da mulher que passou por uma mastectomia para a retirada de câncer de mama. Ainda foi criado o Núcleo de Atenção à Saúde da Mama, coordenado pelo Ministério da Saúde e encontra-se em tramitação (aprovado pela Câmara de deputados e aguardando apreciação pelo Senado Federal) o Projeto de Lei n.º 1286/2011 que pretende a criação do Banco de Próteses mamárias. (Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/09/28/senado-e-protagonista-nas-acoes-de-conscientizacao-sobre-cancer-de-mama>. Acesso em: 04 mai. 2018).

Atualmente a legitimidade da atuação do judiciário em questões de efetividade de direitos sociais é entendimento que parece estar pacificado, havendo, inclusive, quem defenda<sup>53</sup> que o judiciário poderia até mesmo intervir, excepcionalmente, na implementação de políticas públicas.

Por vezes o Judiciário demonstra uma postura ativista, incompatível com os princípios formadores da jurisdição constitucional, o que, tende a gerar um problema democrático, já que a decisão sobre assuntos que seriam da competência dos Poderes Políticos da União (eleitos democraticamente) passa a ser tomada pelo Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos e cujo Tribunal Superior possui um papel predominantemente contramajoritário.

As primeiras reflexões à cerca do tema do ativismo judicial surgiram nos Estados Unidos, em meados do ano de 1803 no memorável caso *Marbury vs. Madison*<sup>54</sup>, onde deu-se a primeira decisão de controle de constitucionalidade de atos do Congresso, mesmo sem que houvesse previsão expressa na Constituição para tanto. No Brasil, a participação do Poder Judiciário apenas se expandiu após a redemocratização do país, com a Constituição Federal de 1988 que previu expressamente a possibilidade de revisões judiciais dos atos tomados pelos demais poderes em face às disposições constitucionais.

Apesar de ambos países tratarem do tema, quase 200 anos de história, diversas tradições jurídicas e sociais os separam, havendo uma enorme diferença entre as atuações do Judiciário nos Estados Unidos e no Brasil, este, mais jovem, é progressista, focado na alteração do texto constitucional por meio do Poder Judiciário, já aquele, mais tradicional, é conservador, mantendo uma postura não interventiva. (TASSINARI, 2013).

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em decisão proferida no RE nº 436.996-6-SP, em 26 de outubro de 2005, expos o entendimento favorável à possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando se tratar de implementação da garantia do mínimo existencial, expondo que: “revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”. (Fonte: Decisão do STF proferida no RE-AgR no 410.715/SP, rel. min. Celso de Mello, DJ de 3-2-2006).

<sup>54</sup> Trata-se de discussão sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz, no caso, houve declaração de inconstitucionalidade da seção 13 do *Judiciary Act*, sob alegação de estar ampliando a atuação da Suprema Corte para além do previsto na Constituição. (Fonte: Encyclopædia Britannica. “Marbury v. Madison - law case” Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Marbury-v-Madison>. Acesso em: 06 mai. 2017).

Desde logo pode ser percebido que no Brasil o judiciário constituiu uma cultura pró-ativismo, onde por várias vezes se considera, erroneamente, que uma postura discricionária do juiz é uma característica inerente à jurisdição constitucional. No entanto, considerar o ativismo judicial como algo natural pode acabar colaborando para que cada vez mais hajam decisões baseadas em critérios morais e pessoais do magistrado e não em uma correta e imparcial aplicação dos preceitos constitucionais.

Nas palavras de Marcus Paulo Veríssimo (2008) o ativismo decorre, justamente, do amplo processo de judicialização instaurado pelo Constituinte de 1988, vejamos:

Trata-se do surgimento, no País, de um judiciário “ativista”, que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle esse interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais). (VERÍSSIMO, 2008, p. 409).

Luís Roberto Barroso costuma descrever o ativismo judicial como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, o autor ainda menciona que a ideia central do ativismo estaria “associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. (BARROSO, 2012a, p. 25). Na prática, este entendimento defendido por Barroso mostra-se como um verdadeiro conformador para o imaginário jurídico, não diferenciando efetivamente a jurisdição e o ativismo, mas apenas contribuindo para que se crie ainda mais confusão entre estes.

Em um ponto de vista diverso torna-se pertinente expor o entendimento trazido por Lenio Luiz Streck, que pretende fazer uma real diferenciação entre ativismo judicial e judicialização, atentemos:

um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional). (STRECK, 2017b, p. 651, nota de rodapé 155).

A doutrina crítica pretende diferenciar os fenômenos da judicialização e do ativismo, expondo claramente as suas diferenças e demonstrando que a



judicialização caracteriza-se principalmente por buscar a concretização da Constituição, "atribuindo às demandas respostas constitucionalmente adequadas", enquanto que o ativismo se define, basicamente, por ser um "controle que se faz a partir da vontade ou da consciência do intérprete não representando uma concretização do texto constitucional, mas sim, o seu desvirtuamento". (TASSINARI, 2013, p. 34).

Todavia, o Brasil sofre de um verdadeiro "déficit hermenêutico-constitucional" que afeta tanto o meio acadêmico, quanto o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional, considera-se que isto se dá, pelo fato dos intérpretes do Direito estarem aprisionados ao ultrapassado "modelo liberal-individualista-patrimonialista" e às suas teorias pragmáticas e concurseiras, onde a doutrina parece simplesmente ter deixado de doutrinar e contentou-se em apenas comentar e repetir jurisprudência. (FERREIRA, 2016 p. 23).

A crítica ao ativismo e ao protagonismo judicial vem sendo feita até mesmo pelo Legislativo, quando em 2015, dentre as alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil o legislador acabou com o livre convencimento do juiz nas decisões, prevendo, agora, no § 1º do art. 489 do CPC<sup>55</sup> critérios a serem obedecidos pelos magistrados na fundamentação das decisões. Por certo, pode-se compreender que tal alteração legislativa visa coibir protagonismos e discricionariedades.

Muito embora o Judiciário venha tomando um papel mais ativo apenas em face da inoperância dos demais poderes, evidente que o fenômeno da judicialização possui uma face positiva, mas também uma negativa. A face positiva da judicialização poderia ser verificada na oportunidade do Judiciário suprir as necessidades da sociedade que não foram satisfeitas pelo Congresso Nacional ou

---

<sup>55</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil).

pela Presidência da República, já a face negativa se encontraria no fato de que uma maior atuação do Judiciário acaba expondo as dificuldades do Poder Legislativo, o que tende a prejudicar o Estado Democrático de Direito, pois “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”. (BARROSO, 2012a, p. 27).

Como o constitucionalismo brasileiro ainda não conseguiu superar a velha premissa do positivismo, como o escalonamento piramidal das normas e a centralidade do Estado como única fonte racional, a doutrina acabou ficando com um papel secundário na questão dedutiva-explicativa, sendo indiscutível que o positivismo kelseniano acabou prendendo o conceito de Direito dentro do normativismo. (FERREIRA, 2016).

Nesse sentido, a crítica aqui proposta gira em torno do positivismo normativista pós-kelseniano, que surgiu após a superação do positivismo exegético e que “admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais)”. (STRECK, 2014c, p.18). A positivação constitucional de cada vez mais direitos transindividuais tende a induzir a sociedade na busca por novas formas interpretativas do Direito, no Brasil a tentativa de superação do positivismo, que considerava o juiz como “boca da lei”<sup>56</sup>, parece ter lançado o país em um pós-positivismo que costuma apostar todas as suas fichas em uma maior liberdade interpretativa dos juízes.

A discricionariedade admitida pelo pós-positivismo é justamente o que vivenciamos na questão da judicialização da saúde, onde a liberdade de interpretação e o ativismo dos juízes vem permitindo que o Judiciário expeça ordens ao Executivo que muitas vezes parecem individualizar o direito à saúde. Em suma, o fenômeno da judicialização significa que questões de grande importância social e política estão deixando de ser resolvidas pelos poderes políticos tradicionais e passando a ser decididas pelo Poder Judiciário, cabendo verificar o porquê desta transferência de poder.

No contexto de judicialização da saúde e de ativismo judicial, a teoria do Direito como integridade<sup>57</sup> de Ronald Dworkin surge como um meio interpretativo

---

<sup>56</sup> A expressão “*bouche de la loi*” trazida por Montesquieu, mais precisamente em sua obra “O Espírito das Leis” (*L'Esprit des lois* – 1748) e decorre do Princípio da Legalidade.

<sup>57</sup> Em sua obra “O império do Direito” (*Law's Empire* – 1986), o filósofo do Direito norte-americano Ronald Dworkin, defende a teoria do direito como integridade, segundo tal teoria, as proposições

jurídico hábil para construir resoluções nos casos difíceis<sup>58</sup> como os que contrapõem direito social à saúde e direito individual à vida. Quando se trata de interpretação jurídica, fundamentar uma decisão apenas em critérios objetivos, ou analisar um direito de maneira isolada do universo jurídico em que tal direito está inserido é inaceitável.

Ter a integridade como base em uma teoria de interpretação jurídica, significa exigir que os poderes públicos direcionem suas ações com base em princípios que estruturam as relações sociais ao mesmo tempo em que responsabiliza cada indivíduo, por fazerem parte de um todos, pelas possíveis injustiças causadas pelos agentes públicos, excedendo a tradição liberal-individualista<sup>59</sup> de que as pessoas não seriam culpadas por atos que não cometeram pessoalmente. (DWORKIN, 2014b). Assim, quando a interpretação jurídica se afasta da integridade, próprio que os indivíduos percam o agir solidário e passem a se desresponsabilizar pelos problemas coletivos.<sup>60</sup>

Diferentemente dos argumentos políticos, argumentos de princípio “são caracteristicamente finalísticos ao condicionar a decisão aos fins almejados”, estabelecem que “um padrão deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas

---

jurídicas seriam verdadeiras apenas quando decorressem dos princípios de equidade, justiça e do devido processo legal.

<sup>58</sup> Os “*Hard cases*” (casos difíceis) são casos jurídicos considerados complexos, assim designados pela teoria do positivismo jurídico crítico de Herbert Lionel Adolphus Hart. Segundo o filósofo Ronald Dworkin (2014a), para a correta soluções de tais casos diversos fatores devem ser considerados, e para que um julgamento possa ser considerado como coerente e íntegro é necessário que o julgador vá além do texto de lei e fundamente sua decisão nos princípios jurídicos.

<sup>59</sup> “Mas devemos aproveitar essa oportunidade para mostrar como a personificação profunda figura nos modos de pensar correntes, que são muito independentes do direito. Considere-se o fenômeno da responsabilidade eleitoral da comunidade. No auge do escândalo Watergate apareceram adesivos que diziam: ‘Não me culpem; sou de Massachusetts.’ Não diziam: ‘Não me culpem; não votei em Nixon’, e a diferença é importante. As pessoas pediam isenção de um erro cometido por um grupo ao qual pertenciam – a nação – não por inocência individual, mas na condição de membros de uma comunidade diferente e mais imediata que tinha agido bem, um estado que não havia votado em um presidente desonesto.” (DWORKIN, 2014b, 208-209).

<sup>60</sup> No cenário brasileiro atual, frágil em integridade e coerência na interpretação do Direito, logo após os escândalos de corrupção levantados pela “Operação Lava Jato”, bem como, com a posse de Michel Temer após o Impeachment de Dilma Rousseff, surgiram adesivos e camisetas com o slogan: “A culpa não é minha, eu votei no Aécio”, em referência às eleições de 2014, em uma tentativa popular de isenção individual de culpa pela corrupção e pelos atos do Presidente Michel Temer.

porque é exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36).

A partir do momento em que a interpretação jurídica deixa de ser algo mecânico e passa a ser baseada em princípios, os juízes passam a ter uma responsabilidade política, mas que, não se confunde com a atuação das autoridades políticas. Interpretar o Direito, não é uma atividade mecânica, como parecem fazer crer aqueles que acreditam em casos fáceis resolvíveis por subsunção, em oposição aos casos difíceis, nos quais o intérprete precisa justificar argumentativamente sua decisão. (DWORKIN, 2010, p. 56-58). Portanto, mantendo-se a coerência e a integridade de princípios nas decisões judiciais são reduzidos, tanto o risco de ocorrerem juízos morais, quanto as chances de que os julgados promovam injustiças.

Tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial recebem a crítica de que estariam colocando em risco a legitimidade democrática. Entretanto, o ativismo é o que se mostra como mais propício a realmente ameaçar o pacto democrático.

Inicialmente a crítica reside no fato de que os juízes e desembargadores não são eleitos democraticamente e mesmo assim estariam desempenhando um papel político, aliás o Supremo Tribunal Federal desempenha uma atribuição predominantemente contramajoritária, mas que deve ser sempre pró-constituição. Entretanto, a atuação do Judiciário se encontra respaldada normativamente, já que a própria Constituição Federal atribui expressamente esse papel ao judiciário, bem como, filosoficamente, já que “a democracia não se resume ao princípio majoritário”. (BARROSO, 2012a, p. 28).

A defesa de certo grau de intervencionismo da justiça constitucional tende a implicar no risco de decisões contrárias a Constituição, o que configura “usurpação de poderes constituintes”. (STRECK, p. 191). As decisões do Supremo Tribunal Federal são sempre decisões políticas, mas o fato, é que, em países de modernidade tardia, como o Brasil, a omissão dos poderes Legislativo e Executivo permitem a “intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais de várias dimensões”, cabendo discussão apenas no tocante à tensão entre constitucionalismo e democracia. (STRECK, p. 191).

A expansão da intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais alerta para diversos equívocos que podem vir a ocorrer se não houverem critérios e/ou moderação na judicialização<sup>61</sup>, todavia o risco de quebra do princípio democrático é um dos que mais chama atenção na questão da judicialização da saúde. Diante das proporções que o fenômeno da judicialização vem tomando em nosso país, por certo, “ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa”. (BARROSO, 2012b, p. 372-273).

Na questão da saúde, a ausência de critérios a serem observados pelos julgadores pode gerar diversos contratempos. Dentre estes contratempos destaca-se o risco de os juízes atuarem “de maneira não uniforme, tomando decisões com base em diferentes interpretações sobre o ordenamento jurídico em vigor”, o que gera o risco de surgirem “soluções diferentes para casos iguais, o que incentiva a atomização de demandas que deveriam ser tratadas de maneira molecularizada”. (GRINOVER. et al. 2014, p. 05).

Ainda, há a crítica quanto à ausência de preocupação nas decisões judiciais, sobre as consequências do provimento jurisdicional. Para tanto, Sarlet; Figueiredo (2013a) sugerem a criação de varas judiciais especializadas e a realização de um treinamento para os juízes, ouvindo órgãos de saúde para uma decisão mais consciente e responsável, isonômica e racional, para que se evite a litigância individual descontrolada.

Sendo que o principal propósito da Constituição é o de salvaguardar “valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”, temos que “a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia, do que um risco”. (BARROSO, 2012a, p. 28). Logo, o problema democrático não parece estar instalado na judicialização propriamente dita, mas na discricionariedade do ativismo, onde o judiciário profere decisões baseadas em convicções pessoais do magistrado e não devidamente fundamentadas nos Princípios da Constituição. Ou melhor, “em uma democracia e com uma Constituição compromissária como a brasileira, não é possível pensar a

---

<sup>61</sup> Todavia, o judiciário brasileiro tem demonstrado cada vez uma maior tendência ao ativismo, vez que a grande maioria dos juízes de 1º grau e dos Tribunais de 2º instância não se submetem sequer às diretrizes e recomendações propostas pelo Conselho Nacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal (vide nota de rodapé 26).

figura do juiz como ‘acima das partes’ ou o ‘guardião-da-parte-que-falhou’”. (STRECK, 2015, p. 34).

Certamente existem diversos casos onde a atuação política do judiciário, dentro dos parâmetros constitucionais, proporciona a concretização dos direitos fundamentais. Todavia, há uma linha tênue que diferencia judicialização da política e ativismo, que precisa ser observada sob pena de agravar a, já mencionada, crise de paradigma. Quando o julgador extrapola os limites da jurisdição constitucional, adentrando no ativismo, acaba propiciando um estímulo à litigância individualizada, além de dificultar a distribuição de recursos financeiros que já tinham destinação determinada.

Nos tempos atuais não há como deixar a responsabilidade unicamente com o Estado. Nesse sentido, este trabalho em alguma medida tem a contribuir (partindo da Teoria do Direito e não meramente de casos pragmáticos) para a concepção de uma responsabilidade estatal que possa ser constitucionalmente produtiva, porém, ela por si só não dá conta, ou vela a construção teórica sustentável para a evolução compreensiva do direito à saúde a partir de uma ideia de solidariedade jurídico-normativa.

#### **1.4 Em meio à crise de paradigmas: a aplicação da solidariedade em um novo projeto de solidariedade jurídico-normativa**

Desde o final da década de 90<sup>62</sup> Lenio Luiz Streck já alertava para existência de uma crise de paradigmas, denominada pelo autor de “crise paradigmática de dupla face”, que acomete o direito e a dogmática jurídica nos países de modernidade tardia e impede o “acontecer do novo” face a manutenção do “senso comum teórico dos juristas como horizonte de sentido da dogmática jurídica”. (STRECK, 2014a, p. 85).

Explicava que as velhas concepções sobre o direito obnubilam as novas concepções. O novo não consegue nascer. E nem se impor. Talvez o grande problema resida no fato de que o novo não consegue se mostrar. O velho é tão forte que vela as mínimas possibilidades de o novo aparecer através de algumas frestas de sentido. (STRECK, 2014c, p. 09).

---

<sup>62</sup> Mais precisamente desde o ano de 1999, quando o autor publicou a 1ª edição de sua obra “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito”.

Dentro deste contexto de crise, onde a efetivação dos direitos sociais é prejudicada e o papel da Constituição e da jurisdição constitucional é resignificado, entende-se que antes que se possa enfrentar a crise, primeiro é preciso que esta seja “des-coberta ‘como’ crise”, uma crise de paradigmas que se deu “porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda. Deixar vir o novo à presença: esse é o desafio”. (STRECK, 2003, p. 259).

A questão da alta taxa de sucesso<sup>63</sup> das ações relativas à judicialização da saúde demonstra uma real possibilidade da existência de uma crise de paradigmas nas decisões judiciais sobre o tema, pois o senso comum, ao mesmo tempo que “sufoca as possibilidades interpretativas”, tende a “instituir uma espécie de *habitus*” (STRECK, 2014a, p. 85-86). Ou seja, antes mesmo de analisar a situação de necessidade do requerente e de possibilidade do Estado (sem o comprometimento de políticas de saúde já existentes), o magistrado tende a deferir o pedido pelo hábito de colocar o direito à vida acima dos demais.

Atendendo a premissa trazida por Norberto Bobbio (2004, p. 23), atualmente, o problema que enfrentamos, quando tratamos de direitos fundamentais “não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Ainda que o autor não negue a existência de uma crise de fundamentação, explica que nosso desafio principal, é mais modesto, embora mais difícil, pois trata da questão de “buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”, devendo-se sempre analisar as condições e os meios para a realização desses direitos, impedindo que sejam violados.

Embora o direito à saúde seja expressamente um direito fundamental, ligado à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana e estejam as normas nacionais em concordância com as internacionais, a grande quantidade de demandas judiciais no âmbito da saúde demonstra a existência de uma busca por sua plena aplicabilidade, principalmente, porque o Estado é o principal responsável pela proteção e pela promoção deste direito.

---

<sup>63</sup> De acordo com a pesquisa “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências” feita em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, há uma tendência pelo deferimento final e na antecipação de tutela nos casos de judicialização da saúde: “na maioria dos casos, houve deferimento do pedido de antecipação de tutela sem pedido de informações complementares. Além disso, na maioria dos casos houve confirmação do deferimento do pedido na sentença de 1ª instância e também no acórdão de 2ª instância” (ANSENSI; PINHEIRO, 2015, p. 16).

A questão da aplicabilidade das normas refere-se à sua eficácia jurídica, enquanto que a questão da efetividade diz respeito à eficácia social, pois, de acordo com a compreensão de Luís Roberto Barroso (2002, p. 85), a efetividade seria a realização do Direito no caso concreto, representando “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”, todavia, a efetividade de um direito depende primeiramente deste ser plenamente aplicável. O referido autor, ainda, expõe que a positivação da regra da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais tende a legitimar a aplicação de poderes do Judiciário, que vem adquirindo papel de destaque nos últimos tempos.

Uma recorrente explicação para o ativismo do judiciário percebido na atualidade é a de que há uma certa insuficiência das leis e que o descaso com a saúde pública afrontaria a dignidade humana, o que legitimaria o Judiciário a não ser apenas um intérprete das leis, mas a atuar de maneira mais ativa.

No âmbito do Poder Legislativo, há uma “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade”, tal crise estaria sendo fomentando a expansão da atuação do Judiciário na tentativa de suprir as omissões dos outros Poderes, bem como faz com que o Poder Executivo se utilize de maneira excessiva das medidas provisórias, o que, também impulsionaria uma maior atuação do Poder Judiciário, que é provocado a verificar a constitucionalidade de tais medidas. (BARROSO, 2012a, p. 27).

Apesar da plena efetivação dos direitos sociais depender de ações positivas do Estado, não há como a participação dos cidadãos ser excluída, pois os “direitos da cidadania são, ao mesmo tempo, deveres”. (DALLARI, D. A., 2004, p. 25). Isso não quer dizer que os direitos passam a se transformar em obrigações de uma hora para a outra, mas que é necessário dar destaque para a “natureza associativa da pessoa humana” e para a “solidariedade natural característica da humanidade” para que os indivíduos possam enfrentar de maneira mais igualitária o Estado e os grupos sociais mais poderosos a fim de que haja uma maior participação de todos nas atividades sociais e para que todos possam exercer os direitos de cidadania plenamente. (DALLARI, D. A., 2004, p. 25).

Portanto, cada direito social traria consigo um dever, do cidadão para com a sociedade em que vive, que precisa ser lembrado e exigido pelo Estado, não apenas através dos impostos, mas através da promoção de atitudes solidárias. A questão



dos deveres de cidadania deve sempre ser observada, sob pena dos direitos sociais acabarem apenas atingindo as classes mais abastadas, aumentando ainda mais a desigualdade social e econômica, que já é latente em nosso país.

Dentre as crises do Estado Democrático de Direito, uma que aparentemente interfere de maneira objetiva na questão da realização das promessas da modernidade e no fenômeno da judicialização dos direitos sociais é a crise de solidariedade. Pierre Rosanvalon considera que o que atualmente vivenciamos seria uma crise das instituições de solidariedade, tal crise possui basicamente três pilares que seriam: “la crisis mecánica y moral de las instituciones de solidaridad; el advenimiento de un nuevo capitalismo; las metamorfosis del individualismo”. (ROSANVALON, 2014, p. 5267).

Em boa parte, considera-se que a crise de solidariedade foi potencializada por um esvaziamento das instituições responsáveis por promoverem a solidariedade. Com o passar do tempo o sistema universal de seguridade social foi perdendo sua legitimidade, principalmente frente a classe média, isso se deu, possivelmente, pela falha dos poderes políticos da União em promoverem políticas públicas de solidariedade.

Não está a se falar em um total abandono do individualismo, mas sim que haja um certo equilíbrio entre solidariedade e individualismo, pois somente assim todos os fundamentos do Estado democrático de Direito poderão ser observados. Pois, “se a concepção individualista de sociedade for eliminada, não será mais possível justificar a democracia como uma boa forma de governo”, isso porque, não podemos esquecer que “todas as doutrinas reacionárias passaram através de várias concepções antiindividualistas”. (BOBBIO, 2004, p. 120).

Havia um entendimento dominante pelo qual os princípios da justiça e da solidariedade, basilares do Estado-providência têm suas bases na ideia de que “*los riesgos estaban igualmente repartidos y eran a la vez de naturaliza ampliamente aleatoria*”. (ROSANVALON, 2014, p. 5288). Com o passar do tempo tal ideia foi ficando para traz, sendo considerado que a pobreza é uma condição determinada por fatores sociais e que atinge apenas camadas específicas da população, ou seja, os riscos deixaram de ser vistos como homogêneos, o que, conseqüentemente, prejudicou o sentimento de solidariedade entre os indivíduos.

Retirado o “véu de ignorância”<sup>64</sup> que encobria os indivíduos no Estado Social, estes passaram a perceber que nem todos estavam expostos aos mesmos riscos, o que pôs em xeque a solidariedade e os fundamentos do contrato social. “Si los hombres son naturalmente solidarios frente a un destino que ignoran, lo son com menos gana si perciben ciertas situaciones como si estuvieran ligadas a comportamientos y a elecciones individuales”. (ROSANVALON, 2014, p. 5299).

Portanto, dentro da crise de paradigmas, observar a solidariedade de maneira diferente (de forma mais vinculante) e não apenas como um dever moral dos cidadãos, pode auxiliar na superação desta crise antidemocrática que torna o direito à saúde refém de teses judiciais pragmáticas que sequestram o verdadeiro conteúdo do direito à saúde.

---

<sup>64</sup> Pierre Rosanvallon utiliza a expressão “véu de ignorância” em sua trilogia sobre a Crise do Estado-providência, em referência direta ao procedimento de determinação de regras de justiça elaborado por John Rawls.

## **2. A SOLIDARIEDADE COMO PROJETO POLÍTICO-JURÍDICO-CONSTITUCIONAL APLICADO À SAÚDE**

Além de possuir ligação com diversos outros direitos fundamentais, a saúde baseia-se em alguns dos mais basilares princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro, tais como a dignidade humana e a solidariedade. Nesta pesquisa, pretende-se abordar a solidariedade<sup>65</sup> para além de uma concepção meramente moral, no sentido de resgatar um sentido solidário, tanto dos indivíduos, quanto da aplicação das normas constitucionais, principalmente devido ao postulado no art. 3º, I da CF/88<sup>66</sup>.

Em uma tentativa de cooperar para a superação da crise de paradigmas que tem abalado a efetivação do direito social à saúde, a solidariedade abordada em sua face jurídico-normativa, como um projeto político-jurídico-constitucional a ser praticado pelo Estado e pela sociedade, se apresenta como um argumento chave para o enfrentamento da excessiva e individualizada judicialização da saúde vivenciada no contexto brasileiro atual. Pois, considerando-se que a solidariedade é um princípio essencial à República brasileira e às outras normas do ordenamento jurídico do país, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, devem ser interpretadas à luz deste e dos demais princípios fundamentais.

### **2.1 Da solidariedade moral à solidariedade jurídico-normativa**

Diante da modernidade, em um país que preconiza o bem-estar e a justiça social como objetivo, a solidariedade desponta como um ponto de partida para a plena concretização dos direitos fundamentais, principalmente quando se trata de

---

<sup>65</sup> A palavra “solidariedade” de acordo com seu verbete do Dicionário Eletrônico de Português licenciado para Oxford University Press significa: 1. caráter, condição ou estado de solidário; 2. compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas; 3. sentimento de simpatia ou piedade pelos que sofrem; 4. manifestação desse sentimento, com o intuito de confortar ou ajudar; 5. cooperação ou assistência moral que se manifesta ou testemunha a alguém em certas circunstâncias; 6. estado ou condição de duas ou mais pessoas que dividem igualmente entre si as responsabilidades de uma ação ou de uma empresa ou negócio, respondendo todas por uma e cada uma por todas; interdependência; 7. identidade de sentimentos, de ideias, de doutrinas. Ou seja, vai muito além de ser um sinônimo de um sentimento de piedade ou de filantropia.

<sup>66</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Título I - dos princípios fundamentais).

direitos que demandam obrigações positivas do Estado, como é o caso da saúde. Uma vez que, “se houver respeito aos direitos humanos de todos e se houver solidariedade, mais do que egoísmo, no relacionamento entre as pessoas, as injustiças sociais serão eliminadas e a humanidade poderá viver em paz” (DALLARI, D. A., 2004, p. 16).

Ao lado da liberdade, da igualdade e da justiça, a solidariedade forma a chamada “*tetralogía axiológica del Estado social*” ainda que se tenha dado maior relevância dogmática<sup>67</sup> para a liberdade e para a igualdade, a solidariedade pode vir a ser considerada, com o passar do tempo, “*en un valor de referencia meta-ideológico*” (SEGADO, 2012, p. 140).

No âmbito da ética a solidariedade mostra-se como uma virtude moral de cada cidadão, podendo ser vista como um sinônimo de fraternidade, já no âmbito social, mostra-se como o principal pressuposto para a existência de um grupo organizado e para um agir social capaz de corrigir as desigualdades sociais e econômicas.

Atualmente considera-se que “a solidariedade se encontra em profunda crise”, todavia, esta crise não representaria necessariamente uma perspectiva negativa de decadência, mas sim poderia ser vista de um âmbito mais positivo, como um “processo de transição”, ou seja, a velha solidariedade estaria sendo deixada de lado, para dar lugar à novas formas de solidariedade (ZOLL, 2007, p. 13). Nesse sentido, cabe-nos analisar melhor esta transição que remonta à Revolução francesa e sua visão de uma solidariedade mais atrelada ao conceito moral até a visão de uma solidariedade mais crítica, ligada à política e a solução dos conflitos sociais da modernidade.

O vocábulo “solidariedade”<sup>68</sup> deriva do latim “*solidum*”, trazendo consigo a ideia de “bases sólidas” e de “interesses em comum”, efetivamente dentro do senso comum, a célebre frase “um por todos e todos por um” pode ser vista como a melhor concepção de solidariedade. (GIOVANELLA, 2001, p. 37). Isto é, a noção

---

<sup>67</sup> De forma diversa da liberdade e da igualdade, a fraternidade não possui uma bibliografia vasta e esmiuçada, em verdade até os dias atuais a fraternidade, ressignificada na solidariedade, não possui uma aplicação político-social e jurídica adequada.

<sup>68</sup> A palavra “solidariedade” pode ser encontrada em outros idiomas como um cognato e/ou congênere, como por exemplo: *Solidarité* em francês, *Solidarità* em espanhol, *Solidarietà* em italiano, *Soldarnosc* em polonês, *Solidarity* em inglês, *Solidarität* em alemão e *Solidaritet* em escandinavo.

comumente admitida de solidariedade remeteria a um sentimento de pertença e de cooperação.

No campo jurídico, o termo solidariedade apresenta etimologia francesa, mais propriamente advinda da questão dos “devedores solidários”, tal conceito de devedores provém do Direito Romano, mais precisamente da chamada “*obligatio in solidum*”<sup>69</sup>, que em francês passou a ser chamada de “*solidarité*” (ZOLL, 2007 p. 20-21). Assim, ainda que o termo em francês apresente grafia e tradução literal diversa, continuou carregando consigo o sentido jurídico, advindo, originalmente, do direito romano.

Embora a expressão solidariedade seja usualmente tratada como um sentimento, ou como um mero valor moral, sua origem vinda do Direito demonstra que a sua aplicação no campo da efetivação dos direitos sociais não é algo tão inovador ou surreal, mas apenas uma adaptação para o Direito Constitucional (público) de um instituto já amplamente consagrado no âmbito do Direito Civil (privado).

Partindo de uma concepção oriunda da doutrina católica ocidental tradicional, a solidariedade seria inerente aos homens, constituindo parte essencial da sua própria identidade, isso porque o princípio da solidariedade estaria “sustentado na natureza do homem, pois ele constitui sua identidade. Ele existirá enquanto existir o homem, este é o fundamento da tese do ser humano como ser social” (MASSAÚ, 2016, p. 30).

Desde que a humanidade começou a perceber a realidade à sua volta, entendeu que um indivíduo “não teria nascido e sobrevivido sem o amparo e ajuda de muitos”, mesmo depois de adultos, saudáveis e independentes economicamente, as pessoas ainda necessitam constantemente de outras, assim, a solidariedade surgiria naturalmente a partir das deficiências e dificuldades inerentes aos seres humanos (DALLARI, D. A., 2004, p. 15).

Entretanto, mesmo que se considere que o homem consiste, naturalmente, em um ser social, isso não significa, necessariamente, que a solidariedade (ainda que apenas no sentido de um sentimento) vá surgir também naturalmente, de forma espontânea, nas relações humanas atuais, principalmente devido ao fato do

---

<sup>69</sup> Do latim, o termo “*obligatio in solidum*” pode ser traduzido para o português como “a obrigação na totalidade”. No campo do Direito, o termo equivale à solidariedade das obrigações, dentro do regime de Direito Civil.

individualismo ter se propagado de forma crescente nas sociedades capitalistas globalizadas.

Ainda que a solidariedade seja frequentemente abordada como um sinônimo de fraternidade<sup>70</sup>, ela “supera a mera fraternidade do ‘nós’ da comunidade hegemônica no poder” (DUSSEL, 2007, p. 104). Partindo dos ideais basilares da Revolução Francesa e do impacto que o seu lema<sup>71</sup> teve nas sociedades contemporâneas, podemos dizer que “a fraternidade é o ‘parente pobre’ entre os três conceitos”, nas palavras do filósofo francês Etienne Vacherot, “Liberdade e igualdade são princípios, enquanto fraternidade é apenas um sentimento” (ZOLL, 2007, p. 42).

Com o passar dos tempos a palavra fraternidade acabou caindo em desuso, abrindo espaço para o termo atual, a solidariedade<sup>72</sup>. Isto se deu porque o vocábulo “fraternidade”<sup>73</sup> teve sua origem, principalmente, nas ordens de frades, nas confrarias profissionais e na maçonaria, entidades que, historicamente, limitavam-se a grupos específicos e fechados, excluía-m de sua participação as mulheres e utilizavam-se da fraternidade apenas como reflexo de um sentimento de afeto entre irmão, como sinônimo de irmandade ao invés de considerá-la como um princípio norteador (ZOLL, 2007).

---

<sup>70</sup> No contexto desta pesquisa, propõe-se uma solidariedade jurídico-normativa com capacidade de transformação social, logo, apesar de historicamente derivar da “*fraternité*”, supera o conceito tradicional de fraternidade, não podendo ser considerada como um mero sinônimo desta, mas como um preceito que vai além dos sentimentos fraternos e morais. Nesse sentido, o uso dos termos “fraternidade” e “fraterna” no decorrer do texto justificam-se por serem assim grafados em textos legais e documentos internacionais fundamentais para que a solidariedade jurídico-normativa possa ser alcançada.

<sup>71</sup> O lema da Revolução Francesa de 1789, *Liberté, Egalité, Fraternité* (liberdade, igualdade, fraternidade), sobreviveu à revolução, tornando-se o grito de ativistas em prol da democracia liberal ou constitucional e da derrubada de governos opressores à sua realização. Tal lema ainda é citado nas Constituições francesas de 1946 e 1958. (Fonte: InfoEscola. “Ideais da Revolução Francesa”. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/ideais-da-revolucao-francesa/>. Acesso: 26 mar. 2018).

<sup>72</sup> A escolha da palavra “solidariedade” não se deu de forma aleatória e/ou arbitrária, na verdade foi escolhida por ser da mesma filiação da fraternidade e por possuir uma maior amplitude, considera-se a solidariedade como mais adequada por constituir a qualidade de ser solidário dos indivíduos (MASSAU, 2011, p. 202).

<sup>73</sup> Diferentemente da palavra solidariedade que tem um amplo significado e pode ser considerada desde um mero sentimento, até um valor moral, social e um normativo jurídico, segundo o verbete do Dicionário Eletrônico de Português licenciado para Oxford University, a palavra fraternidade significa: 1. laço de parentesco entre irmãos; 2. união, afeto de irmão para irmão; 3. o amor ao próximo; 4. a harmonia e união entre aqueles que vivem em proximidade ou que lutam pela mesma causa etc.

Levando-se em consideração obras de origem francesa<sup>74</sup>, percebe-se uma tradição quanto ao emprego do termo solidariedade sempre dentro de um contexto social, de comunidade, em um sentido de solidariedade operária e de responsabilidade coletiva, ou seja, em uma definição subsequente à fraternidade que corresponderia à “ajuda mútua, caridade ou altruísmo social” (ZOLL, 2007, p. 38-39).

Desde a França iluminista iniciou-se o desenvolvimento de um novo conceito de solidariedade, com a pretensão de ir além do conceito cristão de amor ao próximo e da concepção jurídica/privada de obrigações e devedores solidários, caminhando para um significado de responsabilidade mútua entre os indivíduos que conseguisse ir além do Direito Civil e/ou contratual.

Assim como os direitos humanos, a solidariedade constitucional começou a despontar a partir do segundo pós-guerra, já que, naturalmente, os desastres oriundos das guerras costumam unir os cidadãos na tentativa de uma reconstrução da sociedade em que viviam e de um maior estreitamento de laços com outras nações.

Entretanto, somente com a expansão do movimento socialista, a solidariedade passou a ser tratada verdadeiramente como um princípio<sup>75</sup>, sendo utilizada “como um dever jurídico, ainda que inexistente no meio social enquanto virtude cívica” (COMPARATO, 2015, p. 78).

Dentro da transição evolutiva<sup>76</sup> do conceito de solidariedade, um exemplo capaz de demonstrar as suas diversas faces seria o caso dos trabalhadores em greve visando um aumento de salário<sup>77</sup>, inicialmente podemos ter a impressão de

---

<sup>74</sup> Nesse contexto, o historiador Rainer Zoll (2007) estabeleceu a afirmação sobre a tradição francesa em empregar a solidariedade dentro de um contexto social de responsabilidade coletiva, com base nas seguintes obras: *Manuel républicain de l'homme et du citoyen* (Manual republicano do homem e do cidadão) de 1849, escrito por Charles Renouvier; *Harmonies économiques* (Harmonias Econômicas) de 1950 e *Justice et fraternité* (Justiça e fraternidade) de 1964, ambos da autoria de Frédéric Bastiat.

<sup>75</sup> Em verdade, considera-se que o movimento nomeado de “solidarismo” teria surgido no período compreendido entre o final do século XIX e o início do século XX, como um elemento neutro e carregando a “pretensão de reconciliar individualismo e socialismo”. (ZOLL, 2007, p. 83).

<sup>76</sup> Hauke Brunkhorst, citado por Assai (2016, p. 164), apresenta, em sua obra “*Stufen der Solidarität*”, três níveis do que ele entende por solidariedade, assim dentro de uma “hierarquia tipológica” a solidariedade se “inicia com a ‘amizade civil’ passando pela dimensão metafisicoteológica de cunho judaico-cristão até chegar aos Direitos Humanos a partir de 1789”.

<sup>77</sup> Dentro da questão da solidariedade operária, a coesão é muitas vezes confundida com a solidariedade, entende-se que “quanto mais fanatizado o grupo identitário, mais forte sua coesão.

que apenas as pessoas que possuem interesses em comum exerceriam a solidariedade, mas analisando-se mais atentamente nota-se que muitos são iguais em algumas coisas e diferentes em outras, ou seja, “uns têm interesses próprios que defendem juntos, os outros são altruístas, e os terceiros não são afetados” (ZOLL, 2007, p.15).

Como um preceito socialista, incorporado à questão das lutas sociais e de classes, a solidariedade representaria uma obrigação de responsabilidade com o destino do próximo, seria, de fato, o “reconhecimento de um ‘nós’ inclusivo, de um ‘estarmos no mesmo barco’, e a identificação com o destino do outro” (GIOVANELLA, 2001, p. 37). Dentro deste contexto é importante ressaltar a necessidade de que atos de caridade, coesão, filantropia e desprendimento não venham a ser confundidos com a real prática da solidariedade, pois esta vai muito além disso, alcançando a condição de um dever, indo além da moral e podendo servir, tanto para o bem, quanto para o mal<sup>78</sup>.

A solidariedade não pode ser restringida apenas às ações dentro de um certo grupo social, com interesses semelhantes. A amplitude da sua conceituação consegue abranger o público e o privado de diversas formas, logo, delimitar a solidariedade à apenas um sentido estrito seria o mesmo que perder “uma parte de sua concepção global”, devendo ser analisada a partir de uma “visão geral teórica” a fim de seja possível “encontrar a solidariedade na prática intersubjetiva diária” (MASSAÚ, 2016, p. 50).

Diante da constatação de que a solidariedade apresenta diversas concepções no decorrer da história, destaca-se que na atualidade ela apresenta duas facetas bem distintas, ou melhor, uma faceta “coercitiva, imposta pelo sistema” e outra “espontânea, de classe, democrática/política, exercida pelos trabalhadores”. (GIOVANELLA, 2001, p. 37).

Assim, quando a solidariedade espontânea não é vista como suficiente para garantir a aplicação dos direitos transindividuais dentro dos parâmetros

---

O que é praticado nestes grupos, entretanto, é uma forte ajuda mútua e a simultânea exclusão de outros, incluindo até sua eliminação física” (ZOLL, 2007, p. 130).

<sup>78</sup> A solidariedade também pode ser considerada pela sua ótica negativa quando os grupos organizados “defendem e conquistam suas vantagens à custa ou em detrimento de outros”, nesse sentido a solidariedade negativa pode ser dividida em três formas: a “desviante”, relativa à organizações criminosas e terroristas; a “gruppal”, ligada à casos de xenofobia, hostilidades e discriminação; e a “totalitária”, que considera o grupo absolutamente acima do indivíduo (ZOLL, 2007, p. 130-131).



constitucionais de justiça e igualdade social, o Estado pode e deve intervir promovendo uma solidariedade forçada, jurídico-normativa, com potencial resolutivo, onde se pode encontrar espaço para o seu desenvolvimento jurídico-normativo para fins de realização da justiça social.

Ainda que os cidadãos não possuam naturalmente um autêntico sentimento solidário entre eles, a existência de um dever jurídico relativo à “uma concepção crítico-normativa” de solidariedade poderia minimizar, à longo prazo, um dos “problemas cruciais das sociedades modernas”, ou seja, o individualismo decorrente “dos processos de dessocialização do indivíduo e a proletarização da sociedade”. (ASSAI, 2016, p. 166).

Diante do atual mundo capitalista globalizado cada vez mais é possível perceber a ocorrência dessa chamada “dessocialização”, na medida em que se popularizam os ideais de meritocracia, de individualização da sociedade e de uma maior valorização das liberdades e garantias individuais em detrimento dos direitos sociais. O individualismo que vem se propagando nas relações pessoais e políticas das sociedades contemporâneas é justamente o que, no contexto da presente pesquisa, se considera como causa e/ou consequência da atual crise de aplicabilidade do direito à saúde, logo, a solidariedade jurídico-normativa, quando associada à política e afastada da moral, surgiria como uma opção para a questão central da judicialização individual excessiva da saúde.

Atualmente não basta que a solidariedade se manifeste como “uma consciência moral; é preciso que seja institucionalizada em reais possibilidades de comportamento”, bem como, é necessário que ela decorra “de uma postura igualitária e civilizatória que se materializa em instituições de bem-estar”. (GIOVANELLA, 2001, p. 37-38).

Ao passo que os problemas sociais que impedem a concretização das promessas da modernidade são identificados, cabe ao Estado, conseqüentemente, a busca por potenciais resolutivos para os desafios encontrados. Nesse contexto, a possibilidade de solucionar a tensão existente entre o ideal de direitos e a realidade pode ser encontrada em “uma ideia normativa mais abrangente: a solidariedade político-normativa”. (ASSAI, 2016, p. 162).

Levando em consideração um sentido de relação indivíduo-comunidade, a solidariedade representa uma “dupla dimensão do Homem em *sociabilitas* e

*individualitas*” que precisa ser percebida e respeitada, de forma que ambas as dimensões tenham a mesma importância, bem como, possam coexistir de forma harmônica (MASSAÚ, 2016, p. 32). Pois, quando estas dimensões são ignoradas corre-se o sério risco de que o individualismo predomine e acabe eliminando o lado social, ou que o comunitarismo venha a oprimir demasiadamente o lado individual dos cidadãos, o que seria um forte contraponto ao constitucionalismo compromissário e dirigente da Constituição de 1988.

Para tanto, nesta pesquisa, a solidariedade é proposta de uma forma mais englobante, extensiva e vinculante, superando seu conceito cívico e moral e sendo percebida “a partir de uma compreensão política” com intuito de propor “alternativas para a solução dos problemas sociais”, ou seja, um agir solidário visto pelo viés jurídico-normativo. (ASSAI, 2016, p. 163-164).

Com isso, mostra-se necessário estabelecer a ligação existente entre o sentimento de fraternidade e o princípio jurídico solidariedade, bem como determinar a importância que a solidariedade, ainda que não seja espontânea, tem para uma adequada compreensão do direito à saúde. Para tanto, é indispensável analisar como a solidariedade tornou-se um princípio fundante das relações sociais e também das relações jurídicas, bem como o reflexo disto para o tema da judicialização da saúde.

## **2.2 A solidariedade jurídico-normativa e o direito à saúde: um passo além da fraternidade**

No contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, a solidariedade passou a adquirir enorme importância dentro do direito público, principalmente no período que se deu a partir do século XIX, e da sua previsão no texto da Constituição francesa de 1946, decorrente dos postulados da revolução. A partir daí a solidariedade, normatizada em princípio constitucional, assumiu o relevante papel de “tornar real a *fraternité* do lema revolucionário francês e de tentar amenizar a atual dinâmica individualista, preponderando a liberdade e a igualdade dos indivíduos nas reflexões sociais atuais” (MASSAÚ, 2016, p. 28-29).

A noção atual que se tem de solidariedade passou a ser instituída simultaneamente<sup>79</sup> com a ideia de Estado de bem-estar social, passando, então, a ser prevista como um princípio basilar dos Estados nas Constituições posteriores ao fim da segunda guerra mundial. (SEGADO, 2012).

Com isso, inevitavelmente o princípio da solidariedade passou a ocupar um lugar de destaque no corpo de diversas Constituições<sup>80</sup> a partir do segundo pós-guerra, devido à consolidação de uma concepção universalista de dignidade humana que se unificou como uma forma de reação aos terrores das guerras. Assim, analisar como se deu a constitucionalização deste princípio, bem como a sua ligação com o direito à saúde mostra-se fundamental para o desenvolvimento da pesquisa.

Tendo em vista a redação da Constituição Federal de 1988, a solidariedade encontra-se positivada dentro do Título referente aos “Princípios Fundamentais”, sendo expressamente prevista no art. 3º como sendo um dos “objetivos fundamentais da República”. Dessa maneira, face uma análise mais impulsiva poderia haver o entendimento equivocado de que não se estaria diante de um princípio, mas sim “de uma finalidade a ser perseguida, uma concepção dirigente”, todavia, tal previsão constitucional implica em uma verdadeira “cláusula transformadora carregada de preceitos políticos e valores que inspiram o Estado e

---

<sup>79</sup> Os terrores provenientes das duas Guerras Mundiais, da Revolução Russa de 1917 e da Depressão Econômica, acabaram estimulando a ascensão do sistema de bem-estar social, bem como ajudaram a desenvolver um sentimento amplo de solidariedade que propiciou a evolução de diversos programas sociais. “A Sociedade Europeia ficou com medo de haver uma terceira guerra mundial causada pelo desemprego e pelo caos provocado pelas péssimas condições de vida da população. Outro medo que reinava na Europa era o do triunfo dos socialistas no leste europeu, triunfo este que inicialmente esteve ligado, apenas, à Rússia, mas estendeu-se para vários países do Leste como Polônia e Hungria. E depois se espalhou por outros continentes como a Ásia, a Revolução Chinesa, e a América Latina, a Revolução Cubana. Então, para afastar o perigo de uma terceira guerra mundial e do avanço crescente do Socialismo o Estado, nos países europeus, foi intimado a acelerar o estabelecimento das políticas de bem-estar social”. (SANTOS, 2004/2005, p. 295).

<sup>80</sup> À título de exemplificação de Cartas que passaram a trazer a previsão expressa da solidariedade como um princípio em seus textos podemos mencionar as seguintes Constituições: a mexicana (*Constitución de los Estados Unidos Mexicanos* de 1916), em seu art. 3º; a italiana (*Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947), em seu art. 2º; a francesa (*Constitution de la République française* de 1958), em seu art. 2º; a portuguesa (Constituição da República Portuguesa de 1976), em seu art. 1º; a espanhola (*Constitución española* de 1978), em seu art. 2º; a moçambicana (Constituição de Moçambique de 1990), em seu art. 19; a angolana (Constituição de Angola de 1991), em seu art. 162; a boliviana (*Constitución de Bolivia* de 2007), no inciso II do seu art. 8º; a equatoriana (*Constitución del Ecuador* de 2008), em seu preâmbulo e nos seus arts. 3º e 6º. (MASSAÚ, 2013, p. 49-50).

seu ordenamento”, ou seja, um princípio fundante do Estado Democrático de Direito (MASSAÚ, 2013, p. 49).

Explorando-se o processo constituinte brasileiro, desde o substitutivo 1 do relator da comissão de sistematização ao projeto de Constituição, em 26 de agosto de 1987, até o texto promulgado em 05 de outubro de 1988, houve sempre a previsão do objetivo constitucional de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>81</sup> como sendo um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, havendo apenas a alternância entre sua previsão no art. 1º e no art. 3º do Título I<sup>82</sup>. Além da previsão no art. 3º, o preâmbulo constitucional de 1988 trouxe uma definição sobre a sociedade brasileira, prevendo que essa deve ser “fraterna, pluralista e sem preconceitos”<sup>83</sup>.

Tanto o texto do Título I, quanto o do preâmbulo da Constitucional demonstram claramente que desde o começo do processo constituinte se manteve a ideia de normatizar na forma de princípio fundamental uma solidariedade derivada dos postulados revolucionários franceses e com propósito de redução as desigualdades.<sup>84</sup>

Logo, a ideia de uma solidariedade jurídico-normativa com potencial resolutivo dos problemas sociais pode ser assimilada como um claro intuito do constituinte originário, vez que este trouxe a solidariedade como um conceito essencial para a realização da tão almejada justiça social. Com isso, percebe-se que o princípio da solidariedade é fundamental quando falamos de direitos sociais, principalmente

---

<sup>81</sup> A partir de uma análise sequencial do processo constituinte constatou-se que “a parte inicial do *caput* do art. 1º do Substitutivo 1 (‘O Brasil é uma nação fundada na comunhão dos brasileiros, irmanados num povo que visa’) não prosperou, no entanto, a parte final (‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’) foi promulgada como o inciso I do art. 3º da Constituição” (LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, Introdução, p. XXXVIII).

<sup>82</sup> Vide tabela “Art. 1º - Art. 3º”, p. 66, da obra “A gênese do texto da Constituição de 1988: Volume I - quadros”.

<sup>83</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Preâmbulo).

<sup>84</sup> Houve apenas a alteração gráfica de “propósito de construir uma grande Nação baseada na liberdade, na fraternidade, na igualdade” (substitutivo I, substitutivo II e projeto A) para “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (projeto B, projeto C, projeto D e texto promulgado). Vide tabela “preâmbulo”, p. 65, da obra “A gênese do texto da Constituição de 1988: Volume I - quadros”.

daqueles que demandam ações estatais positivas, devendo estar sempre em contínua promoção e evolução.

Dentre os princípios fundamentais, solidariedade e dignidade humana caracterizam-se pela necessidade de serem aplicados e interpretados de forma conjunta, isso porque a Constituição brasileira não prevê uma dignidade autônoma, mas sim “pressupõe a dignidade em solidariedade”, principalmente no momento em restou estipulado que diversos dos direitos fundamentais devem ser assegurados através de políticas e serviços públicos, estabelecendo, assim, “a participação do ‘eu’ no sentido de promover a ‘dignidade’ do ‘outro’ direta ou indiretamente” (MASSAÚ, 2016, p. 54-55).

Dentro de um contexto democrático, ainda que não haja a previsão expressa da solidariedade constitucional, a própria noção de Direito já exige que o Estado considere todos os cidadãos como dignos de receber “igual consideração e respeito, obrigando a considerar sua comunidade política como ente personalizado, capaz de assumir ideais e compromissos com cada um de seus membros”, o que, traria por consequência a solidariedade, visto que haveria um compromisso intersubjetivo entre sujeitos diversos para a realização dos direitos e princípios fundamentais de uma nação. (DWORKIN, 2010, p. 208).

Sendo que sociedade brasileira se torna cada vez mais complexa e nossos cidadãos demonstram cada vez mais individualidade, a solidariedade é um conceito que se faz presente no contexto da saúde no Brasil, principalmente pós-Constituição de 1988, onde se passou a adotar um sistema de saúde amplo que se propõe a atender todos os cidadãos de forma universal, independentemente de suas diferenças, e não apenas certos grupos com interesses em comum, como ocorria no sistema anterior.

Nos últimos tempos, principalmente devido ao enfraquecimento do Estado Social no continente europeu, o conceito amplo de solidariedade retornou ao cenário dos debates que envolvem as ciências sociais, nesse contexto, discute-se, principalmente sobre o papel que a solidariedade desempenharia dentro dos processos sociais, bem como, uma preocupação com a coesão e a responsabilidade social nas democracias liberais contemporâneas. (BRUGNOLI; SPROVERA; GONZÁLEZ, 2014).

Em um cenário de Constitucionalismo Contemporâneo garantir que as relações sociais sejam justas e baseiem-se nos princípios constitucionais mostra-se com sendo a base de um Estado democrático. Com isso, o desafio em equilibrar liberdade e igualdade resta evidente, assim como o papel político desempenhado pelo Judiciário, que deve sempre estar em harmonia com o real exercício da democracia.

Assim, caberia “à Administração das sociedades” esclarecer quais são as dificuldades enfrentadas para um exercício verdadeiramente equilibrado entre a liberdade e a igualdade, bem como, “organizar a solidariedade social de modo a prevenir os riscos para a saúde” e não permitir a predominância do individualismo, sob o argumento de que seriam os indivíduos os titulares dos direitos coletivos. (DALLARI, S. G., 2017, p. 16).

No que tange à tensão entre liberdade e igualdade, não há como tais garantias entrarem em conflito, pois, essencialmente, as liberdades fundamentais protegeriam um princípio vital do liberalismo, o de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito pelo Estado, um “conceito não de liberdade, mas de igualdade”. (DWORKIN, 2005b, p. 419). Logo, ainda que inserido dentro de um Estado dito como liberal, a igualdade ainda seria um princípio essencial a ser seguido, uma obrigação política dos membros de um grupo social organizado.

Na verdade, estaríamos diante de duas possibilidades quanto à concepção de igualdade:

A primeira considera que o governo deve ser neutro sobre o que se poderia chamar de questão do viver bem. A segunda supõe que o governo não pode ser neutro em tal questão porque não pode tratar os cidadãos como seres humanos iguais sem uma teoria do que os seres humanos devem ser. Argumentei que o liberalismo considera, como sua moralidade política constitutiva, a primeira concepção de igualdade. (DWORKIN, 2005b, p. 285).

Logo, percebe-se que é imprescindível para um Estado de Direito que os princípios, sejam de liberdade ou de igualdade, possam ser plenamente garantidos, para que o ideal de justiça não venha a ser apenas uma questão política, ou se restrinja ao bem público, mas que também sejam garantidos os direitos individuais, o que, não necessariamente caracterizaria um compromisso com o individualismo. (DWORKIN, 2005b).

Dentro de uma sociedade organizada, considera-se que a liberdade é renunciada em parte para que o Estado proporcione certas garantias aos seus cidadãos, com isso, a solidariedade seria uma consequência de um agir recíproco habitual das relações associativas. Assim, uma sociedade só pode ser considerada como uma “verdadeira comunidade” se todos os seus indivíduos tiverem assumido responsabilidades especiais com os demais membros do Estado, já que as comunidades políticas costumam depender de relações solidárias de convivência entre seus membros. (DWORKIN, 2014b, p. 243).

Atualmente, considera-se que a solidariedade proveniente do “sistema de segurança social encontra-se debilitada pela inconstância do crescimento econômico”, bem como, pelas “alterações de orientação político-econômica do Estado (neoliberalismo); e o aumento do número de indivíduos inativos em detrimento da redução do número dos ativos”, na medida em que estes dois fatores debilitantes da solidariedade colaboram para a individualização das sociedades modernas. (MASSAÚ, 2011, p. 30).

Neste contexto podemos salientar na questão da saúde, o fato de que a cada ano a expectativa de vida dos brasileiros aumenta<sup>85</sup> e a natalidade diminui. Ou seja, com o passar dos anos cada vez mais o Brasil vai se tornar um país de idosos<sup>86</sup>, o que irá demandar cada vez mais gastos e investimentos em assistência médica especializada. Sendo que, o Estado brasileiro jamais se preocupou em instaurar qualquer tipo de solidariedade entre as gerações no campo da saúde pública esse envelhecimento populacional traz novos desafios a serem enfrentados tanto pelo governo, quanto pela sociedade.

---

<sup>85</sup> De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no decorrer dos anos a expectativa de vida do brasileiro médio vem aumentando progressivamente, vejamos: o brasileiro que nascia em 1940 vivia, em média, 45,5 anos; em 1970, 57,6 z, chegando a mais de 75 anos a partir de 2015. O aumento também foi de 3,5 nos últimos 10 anos, o brasileiro nascido em 2006 tinha a expectativa de viver 72,3 anos; número que passou para 75,8 em 2016. (Fonte: IBGE – Estatísticas sociais. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos.html>. Acesso em: 18 mai. 2018).

<sup>86</sup> Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2030 a quantidade de idosos com 60 anos ou mais será maior que a de crianças com até 14 anos e, em 2055, a participação de idosos na população total será maior que a de crianças e jovens com até 29 anos. Em 2050, um em cada três brasileiros serão idosos. (Fonte: Rádio Câmara. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/526954-ENVELHECIMENTO-BRASIL---UM-PAIS-DE-IDOSOS-BLOCO-1.html>. Acesso em: 18 mai. 2018).

Mesmo nos governos ditos socialistas, ou nos Estados considerados como plenamente de bem-estar social o individualismo se manteve de forma quase que predominante, afinal, o simples fato dos sujeitos individuais serem os titulares dos direitos humanos já é o suficiente para fazer surgir a ideia de uma certa predominância do individual face o social (DALLARI, S. G., 2017). Entretanto, o Estado de bem-estar social se caracteriza, basicamente, pela hegemonia de uma solidariedade orientada para as políticas comuns e para ações que visem o bem-estar coletivo, de modo a possibilitar o combate da individualização da sociedade através de três frentes essenciais, que seriam:

*la distribución de los ingresos (a través de políticas salariales, de pleno empleo y empleo estable), la protección social (en educación, salud y pensiones), y la asistencia social (destinada a minorías excluidas en su acceso a las otras dos medidas.* (BRUGNOLI; SPROVERA; GONZÁLEZ, 2014, p. 95).

Aliás, dois princípios são essenciais para que o governo de um Estado democrático possa ser considerado legítimo:

Em primeiro lugar, ele deve demonstrar igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio. Em segundo lugar, deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso. Esses princípios orientadores definem quais são as teorias aceitáveis de justiça distributiva. (DWORKIN, 2014a, p. 04-05).

Isto é, um governo só é legítimo quando consegue equilibrar direitos sociais e individuais, mantendo os ideais de justiça social, mas também, sem jamais excluir a aplicação dos direitos de liberdade.

Em uma outra ótica, Jorge Iván Gonzáles (2004) demonstra algumas falhas relativas ao princípio da solidariedade, apontando que seria necessário, na questão da saúde, introduzir o princípio da equidade concomitantemente. Apesar da solidariedade garantir uma maior assistência aos pobres, esta não interfere na distribuição de renda e trata a seguridade como algo autossuficiente financeiramente, ao passo que a equidade permite que os pobres tenham mais assistência ao mesmo tempo que têm uma maior distribuição de renda, para tanto, o ideia seria um financiamento da seguridade por meio da renda e das riquezas de cada um, pois *“la solidaridad implica una redistribución de recursos y facilita el acceso de los pobres a la salud, no significa que la lógica subyacente esté animada por principios de equidade”*. (GONZÁLES, 2004, p. 21).



Dentre as sociedades modernas, globalizadas e compostas por grupos sociais, étnicos e culturais heterogêneos, manifestamente “a solidariedade deve ser pensada de forma atualizada”, isso significa dizer que todos os grupos existentes em uma sociedade, devem ser igualmente considerados, sem a exclusão de nenhum, ou seja, ao Estado cabe o papel de “includor” ao invés de “excludor” (MASSAÚ, 2012, p. 134). Com isso a solidariedade tende a se tornar muito mais complexa e, justamente, a partir daí que desponta a necessidade de uma maior participação do Direito na realização da solidariedade, pois “somente a característica normativa pode tornar viável tal esforço sem que se torne um discurso vazio” (MASSAÚ, 2012, p. 134).

A solidariedade, como um elemento jurídico-normativo, surgiu dentro das relações sociais face a necessidade de ser instaurada uma relação nova entre os homens. Assim, esta nova relação se deu a partir da implantação de um seguro social que proporcionou um instrumento possibilitador da justiça social, tal seguro foi sugerido, originalmente, como forma de superar o individualismo da assistência. A partir do século XVIII pode-se sistematizar três modelos que configuram o vínculo social, vejamos: “o contrato (resultante da confrontação política); o mercado (funcionando como uma ‘mão invisível’ para associar economicamente os indivíduos); e o seguro (agindo como uma espécie ‘mão invisível’ da solidariedade)”. (ROSANVALLON, 1998, p.32).

Desde a Revolução Francesa as sociedades vêm enfrentando a questão de como abandonar os paradoxos de uma visão individualista de mundo e de sociedade, por certo:

o grande problema consistia em adequar o princípio da solidariedade (a sociedade tem uma dívida para com os seus membros) ao princípio da responsabilidade (cada indivíduo é senhor da sua vida, e deve responsabilizar-se por ela). Tratava-se, de alguma forma, de articular um direito com uma conduta, o que não acontecia de forma espontânea. (ROSANVALLON, 1998, p.34).

A partir do momento que a solidariedade passou a ser constitucionalizada como um princípio fundamental, se tornou um dever constitucional mútuo entre os cidadãos, que deve ser, constantemente, incentivado pelos Poderes da União. Embora o Brasil não tenha o hábito de oferecer práticas solidárias aos seus cidadãos através de políticas públicas propostas pelos poderes Executivo e Legislativo, não é possível admitir que o Judiciário, por meio de julgados eivados de

posicionamentos discricionários, acabe estimulando ainda mais o individualismo, onde o medicamento que “eu” preciso é mais importante do que a política de saúde que será útil para todos “nós”.

Tendo em vista as previsões constitucionais trazidas no art. 3º, o objetivo seria uma atuação entre Estado e indivíduos em um sentido de se construir uma sociedade cada vez mais solidária, todavia:

é preciso ter em conta que tal objetivo se transforme em princípio na medida de sua exigência constitucional. Não se pode dissociar o objetivo constitucional da prática constitucional, caso contrário o objetivo perde sentido, pois não será alcançado, constituindo-se em mero elemento de retórica. (MASSAÚ, 2013, p. 49).

No cenário contemporâneo, a solidariedade jurídico-normativa apresenta-se como uma opção aos diversos problemas sociais, principalmente no tocante à judicialização individual excessiva de direitos. Certamente, em sociedades modernas e globalizadas, cada vez mais, há diversidade entre os cidadãos de um país, todavia, estas diferenças não podem ser vistas como impulsionadoras de mais individualismo, mas sim, como motivadoras de solidariedade e cooperação entre os indivíduos.

A globalização e a modernidade tendem a facilitar o rompimento do véu de ignorância sobre os riscos sociais<sup>87</sup>, financeiros, clínicos e terapêuticos, o que induz à práticas individualistas e contrárias às políticas sociais<sup>88</sup>, todavia “repensar a solidariedade conhecendo mais claramente qual é a situação e quais as possibilidades de cada pessoa” é o desafio a ser enfrentado, pois, enfim, com o passar do tempo “a prática da solidariedade tornar-se-á mais diretamente política”. (ROSANVALLON, 1998, p.43).

José Joaquim Gomes Canotilho (2015, p. 20-21) quando trata da “individualização da sociedade” menciona que apesar destas sociedades relutarem quanto a utilização de políticas de inclusão, a individualização tende a conduzir os indivíduos para “uma dependência organizativa mais forte” o que demanda uma

---

<sup>87</sup> A igualdade dos indivíduos baseada diante dos diferentes riscos sociais já não se sustenta atualmente, principalmente face os avanços da medicina e da genética. “O princípio implícito de justiça e solidariedade subentendido pelo Estado Providência repousava na ideia de que os riscos eram em grande parte de natureza aleatória e que estavam repartidos igualmente.” (ROSANVALLON, 1998, p.38).

<sup>88</sup> Pierre Rosanvallon (1998, p. 80-82) alerta para o risco de uma “revolta das classes médias”, devido à uma classe social que por vezes considera estar pagando mais por um Estado que lhe dá menos, face à carência de um sentimento verdadeiramente solidário.

“reinvenção do Estado Social” baseada na “legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a inclusão do indivíduo”.

O rompimento do véu de ignorância, de fato, estimula uma maior individualização da sociedade, todavia, o enfrentamento ao desafio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente do direito à saúde, passa, inevitavelmente, pela “aceitação cultural da legitimidade dos mecanismos de construção das políticas sanitárias. E isso vale tanto para as pessoas em geral quanto, especialmente, para os operadores dos sistemas jurídicos e de saúde”. (DALLARI, S. G., 2017, p. 59).

Justamente, é necessário que tanto a sociedade, quanto o governo e o judiciário compreendam a importância da aplicação de políticas adequadas para a satisfação de cada direito fundamental. Bem como, é indispensável que na ausência de uma solidariedade espontânea entre os cidadãos, o Estado trabalhe em prol da realização de uma solidariedade jurídico-normativa capaz de solucionar os impasses sociais e promover a justiça social e a harmonia entre o orçamento público e as demandas judiciais por saúde.

Assim como ocorre com as promessas não cumpridas da modernidade, apenas constitucionalizar a solidariedade, não é suficiente para que ela possa surtir efeitos normativos na sociedade, é necessário que o Estado promova políticas que ajudem a disseminar a ideia de um agir solidário entre os cidadãos, bem como, que o princípio constitucional da solidariedade seja sempre observado no ato da efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ressalta-se a importância de que os órgãos do próprio Estado se mantenham em constante vigilância para que não venham a fomentar o individualismo, ainda que sob o pretexto de fazer o bem e defender a saúde e a vida, como por muitas vezes ocorre quando há ativismo judicial nas decisões relativas ao direito à saúde.

Outra questão importante a ser observada trata das obrigações positivas dos cidadãos com a sociedade em que habitam. Quando se trata da relação entre direito à saúde e direito à vida, “o que se afirma não é só o direito de viver, mas o direito de viver em sociedade”, logo, para que os direitos sociais possam ser plenamente concretizados, seriam necessárias contrapartidas dos indivíduos no intuito de uma

maior responsabilização com o outro, o que, forçaria uma rejeição estatal à individualização da sociedade. (ROSANVALLON, 1998, p. 137).

Quando o próprio Estado deixa de promover um agir solidário corre-se o risco de adentrar em uma espécie de círculo vicioso da crise de solidariedade, pois “enquanto estamos inscritos em um esquema individualista clássico, não há meios de ultrapassar os paradoxos do Estado Providência passivo”, ainda, “quanto menos o indivíduo tem o apoio do seu próximo, mais ele precisa voltar-se para a potência protetora do Estado” (ROSANVALLON, 1998, p. 139). Ou seja, quanto menos solidariedade, seja ela espontânea ou normativa, mais o cidadão depende do Estado, que cada vez se torna mais apático.

A solidariedade jurídico-normativa é ponto crucial para a obtenção de uma maior igualdade social e econômica, para tanto, dentre os programas estimuladores de solidariedade e de justiça social já implementados pelos governos brasileiros, que demonstraram resultado positivo, podemos destacar as ações afirmativas, como quotas em universidades federais<sup>89</sup> e em concursos públicos<sup>90</sup>, bem como alguns programas de distribuição de renda.

Os programas de distribuição de renda<sup>91</sup>, são exemplos excelentes de como o uso adequado das políticas públicas pode, efetivamente, desenvolver uma solidariedade jurídico-normativa potencialmente transformadora da vida em sociedade, sendo que, dentre os programas já implementados no Estado brasileiro, o que mais se destaca é o Bolsa Família, pois além de caracterizar uma política de

---

<sup>89</sup> A lei nº 12.711/2012 (Lei de Cotas no Ensino Superior), previu a reserva de 50% das vagas em instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e, dentre estas vagas, a reserva de 50% para estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita*. Ainda, dentre a reserva de vagas estas serão preferencialmente preenchidas, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição.

<sup>90</sup> A lei nº 12.990/2012 (Lei de Cotas no Serviço Público) instituiu a reserva aos negros de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

<sup>91</sup> Programas Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, o Auxílio Gás, Cartão Alimentação e Auxílio aos Idosos, promovidos pelo governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso (de 1995 até 1998, e de 1999 até 2003) e programas Bolsa Família, Fome Zero e Brasil Sem Miséria, promovidos pelo governo do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (de 2003 até 2006, e de 2007 até 2011).

solidariedade, pode ser considerado como um verdadeiro sucesso em termos orçamentários<sup>92</sup>.

Todavia, no Brasil, não houve uma preocupação estatal em expor aos cidadãos em geral a importância de tais programas para a efetividade dos direitos fundamentais de todos, ou seja, a solidariedade jurídico-normativa embutida nas ações afirmativas e nos programas de distribuição de renda não foi adequadamente promovida à sociedade como um todo. Porém, acabaram se tornando políticas de governo ao invés de políticas de Estado, sendo extremamente prejudicadas pelo caráter assistencialista e eleitoreiro, desviando a atenção original da solidariedade e da justiça social, para serem potencializadoras de discursos de ódio e da divisão da população em classes, gerando, por fim, muito mais individualismo na sociedade brasileira do que propriamente solidariedade.

Tendo em vista que a Constituição Federal prevê expressamente a garantia do direito à saúde mediante políticas públicas, o dever estatal de implementar tais políticas parece evidente. Assim, sempre que o Poder Judiciário faz interpretações no sentido de afirmar “o direito subjetivo a prestações sanitárias em prejuízo da implementação de políticas públicas de saúde” acaba atuando em contrariedade princípios fundamentais, comprometendo a efetivação da saúde pública e indo em absoluto desencontro do postulado constitucional de solidariedade. (DALLARI, S. G., 2017, p. 48).

Seja a solidariedade um instinto natural dos indivíduos pertencentes a um grupo social, seja ela jurídica, normativa, política e imposta pelo Estado, é, indubitavelmente, essencial para que os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, sejam melhor compreendidos e melhores aplicados face as premissas constitucionais, principalmente pelo fato da solidariedade ser um princípio fundamental norteador do Estado brasileiro.

---

<sup>92</sup> Analisando-se os dados trazidos pelo economista André Portela Souza (2011), percebe-se que dentre os três principais programas de transferência de renda existentes no Brasil, o Bolsa Família é, certamente, o de maior alcance e menos custoso para os cofres públicos, vez que, no ano de 2009, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) alcançou cerca de 3,5 (três vírgula cinco) milhões de beneficiários e os valores gastos corresponderam a 0,6% (seis décimos por cento) do produto interno bruto (PIB), a aposentadoria rural beneficiou cerca de 8,1 (oito vírgula um) milhões de pessoas e os valores gastos corresponderam a 1,7% (um inteiro e sete décimos por cento) do PIB, já o BF beneficiou cerca de 13 (treze) milhões de famílias e os seus custos corresponderam há cerca de 0,5% (cinco décimos por cento) do PIB.

A solidariedade jurídico-normativa se afirma, portanto, como um dever vinculante do Estado, como premissa e como compreensão, como aplicação e como difusão que melhor traduzem as políticas públicas e mesmo as decisões judiciais, as quais, a partir disto, passam a transmitir (de fato) a solidariedade como uma face do agir do Estado em todas as suas frentes.

### **2.3 A judicialização do direito à saúde: a reserva do possível e o mínimo existencial como reducionismos de complexidade**

Dentro da problemática relativa à efetivação da saúde através do Poder judiciário comumente se levanta a questão do antagonismo entre os conceitos da reserva do possível e do mínimo existencial. Sendo a saúde um direito fundamental sua ligação com o conceito de “mínimo existencial”<sup>93</sup> é manifesta, contudo, ao mesmo tempo, por ser um direito que requer, para sua plena efetivação, ações positivas de natureza material por parte do Estado, também mantém estreita ligação com o conceito de “reserva do possível”<sup>94</sup>.

Ainda que gozar de boa saúde seja um requisito praticamente indispensável para que os indivíduos possam usufruir, ao menos de um mínimo, de qualidade e de condições dignas em sua sobrevivência, o custo das prestações sociais é um fator que sempre precisa ser levado em consideração. Afinal, uma efetiva concretização destas prestações, considerando-se a solidariedade constitucional, jamais será plenamente possível sem que algum tipo de recurso (seja financeiro, material e/ou de pessoal) venha a ser realocado.

Seguindo a tradição oriunda de sua origem alemã a reserva do possível não estaria à mercê da discricionariedade do poder público, que por vezes a usa como

---

<sup>93</sup> A ideia de “mínimo existencial” se consagrou com a doutrina e com a jurisprudência constitucional alemã, mais precisamente a partir da formulação do autor Volker Neumann de “*Menschenwürde und Existenzminimum*”, segundo a qual, partindo da concepção de que “a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação” surge a necessidade da fixação “do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 21).

<sup>94</sup> A noção de “reserva do possível” também tem origem alemã, mais precisamente a partir do ano de 1970, quando o Tribunal Constitucional da Alemanha cunhou o termo “*Der Vorbehalt des Möglichen*”, quando se passou a considerar que “os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 29).

mera desculpa para sua inércia, mas, evidentemente, teria limites a serem observados pelos indivíduos.

Em se tratando de direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras, “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, mesmo que o Estado tenha a disponibilidade de recursos “não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”, pois estaria se falando em uma verdadeira “espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 29-30).

No contexto da saúde, com fundamento na reserva do possível e na solidariedade constitucional, ainda que existam recursos financeiros em abundância, o Estado não estaria obrigado a custear um medicamento ou um tratamento de saúde que venha a fugir do padrão<sup>95</sup> solicitado pelos demais usuários do sistema de saúde. Do mesmo modo que também não estaria obrigado a fornecê-los para quem não lograr êxito em comprovar a sua real necessidade ao recebimento de tal benefício.

Contudo, tanto os órgãos estatais, quanto os agentes jurídicos e políticos devem observar o seu dever primordial de “maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível”, ou seja, há certos limites à reserva do possível que devem ser sempre observados e dentro destes limites encontra-se a garantia do mínimo existencial que garante a vida com dignidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 32).

Tendo em vista que os direitos sociais dependem integralmente de concessões do legislador, a sua efetivação através de políticas públicas mostra-se como indispensável até mesmo quando se trata da efetivação do direito à saúde através do Judiciário. Em outras palavras:

---

<sup>95</sup> Nesse sentido, atenta-se para o fato de que muitas vezes, além dos medicamentos, os pedidos judiciais incluem insumos e itens que já são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, como fraldas descartáveis e analgésicos, ocorre que por uma recomendação médica e/ou, muitas vezes, por um mero capricho do paciente, solicita-se na via judicial o fornecimento de marcas específicas. A secretaria de saúde do Estado de São Paulo, por exemplo, fornece 69 tipos distintos de fraldas para 4 mil pessoas, a um custo anual de R\$ 12,6 milhões. Outro exemplo é o fato de que mesmo o Sistema Único de Saúde fornecendo ácido acetilsalicílico, ainda assim há pacientes que entram na Justiça para solicitar um analgésico de outra marca. Fonte: PIERRO, Bruno de. “Demandas crescentes: parcerias entre instituições de pesquisa e a esfera pública procuram entender a judicialização da saúde e propor estratégias para lidar com o fenômeno”. **Pesquisa Fapesp**. ed.252. São Paulo: Fapesp. fev. 2017. p.23.

A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países. (TORRES, 2013, p. 75).

Citando Henry Aaron & William Schwartz<sup>96</sup>, Amaral; Melo (2013) mencionam a relação intrínseca entre a saúde e a escassez de recursos. Em uma primeira vista pode parecer um absurdo querer limitar o direito à uma vida saudável baseando-se no argumento orçamentário, todavia, a evolução da ciência e da medicina, ao lado da agilidade com que esta evolução vem sendo exigida do Estado através de ações judiciais de medicamentos e de tratamentos médicos é algo que pode colocar em xeque todo o sistema de saúde.

Sendo que o conceito de direito à saúde tende cada vez mais a se expandir, devido à evolução da ciência médica, bem como, devido à proliferação de decisões judiciais fundamentadas apenas na necessidade de satisfação do mínimo existencial, corre-se o sério risco de que no futuro a escassez que impede a efetivação do direito não seja mais apenas financeira, mas também de pessoal, de equipamentos e até mesmo de órgãos vitais para transplante (AMARAL; MELO, 2013).

Tanto a reserva do possível, quando o mínimo existencial, devem ser observados com certa moderação, principalmente quando se trata de casos difíceis como os de judicialização da saúde, pois,

muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como um argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 32).

Logo, o argumento da escassez de recursos financeiros, baseado na reserva do possível, seja recorrente e legítimo, a sua mera alegação por parte do Poder Público não é o bastante. É necessário que se exerça a sua efetiva comprovação, através da avaliação dos princípios administrativos da eficiência e da economicidade, pois se assim não for, a reserva do possível pode acabar se transformando em uma mera desculpa para a inatividade dos poderes políticos da União.

---

<sup>96</sup> “A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável”. AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1984. p. 81. Tradução livre.



Em se tratando de direitos sociais, a escassez de recursos “não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável” e inerente a estes direitos. (AMARAL; MELO, 2013, p. 91). Por esta razão, uma das questões mais importantes quando se está falando da efetivação da saúde através do Poder Judiciário é a da alocação de recursos, que deve ser feita sempre levando em conta “decisões profissionais e econômicas”, bem como, invariavelmente, dentro de um “contexto de escassez e incerteza”, para que o direito de um não acabe prejudicando, a longo prazo, o direito de todos<sup>97</sup>. (AMARAL; MELO, 2013, p. 90).

Além da questão financeira, as políticas públicas, em um contexto geral, exigem “medidas legislativas e complexas ações administrativas” para que possam ser concretizadas, normalmente, dependem “da combinação de ações políticas e expertise técnica para as quais o Judiciário não é capacitado, vocacionado ou legitimado”. (COUTINHO, 2013, p. 192).

Note-se que, por se tratar de um direito que demanda prestações financeiras do Estado, não se pode deixar que considerar a possibilidade de haver certa influência de setores da indústria farmacêutica<sup>98</sup> na intensificação da judicialização. Para tanto, o desapego aos juízos subjetivos e morais, a atenção aos protocolos clínicos, recomendações do Ministério da Saúde, bem como à questão da reserva do possível, é fundamental para que o judiciário não seja ludibriado pela promessa de que o medicamento mais novo e mais caro é sempre o melhor para todos os casos.

Juízos meramente discricionários (sem vinculação político-jurídica), tanto por parte da Administração pública, quanto por parte dos julgadores, só tendem a

---

<sup>97</sup> Sobre o risco da individualização da saúde, alerta-se para o exemplo do Estado de São Paulo. Durante o ano de 2015, o governo paulista gastou cerca de R\$ 1,2 bilhão em remédios e insumos para 57 mil pacientes que recorreram ao poder judiciário, tal valor é quase o necessário para sustentar por um ano o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HC-FM-USP)], onde são atendidos 35 mil pacientes por dia. Fonte: PIERRO, Bruno de. “Demandas crescentes: parcerias entre instituições de pesquisa e a esfera pública procuram entender a judicialização da saúde e propor estratégias para lidar com o fenômeno”. **Pesquisa Fapesp**. ed.252. São Paulo: Fapesp. fev. 2017. p.18.

<sup>98</sup> Uma pesquisa publicada em janeiro de 2017 no *Jama Internal Medicine*, pela PhD Susannah Rose, da *School of Medicine* da *Case Western Reserve University*, nos Estados Unidos, investigou cerca de 300 grupos que atuam na defesa de pacientes no país e descobriu que 67% deles receberam dinheiro de empresas farmacêuticas no ano de 2016. Segundo os gestores públicos, há indícios de que esta pressão da indústria farmacêutica seja semelhante no Brasil, o que acaba contribuindo para o aumento da judicialização ao passo que são criadas novas demandas por medicamentos. Fonte: PIERRO, Bruno de. “Demandas crescentes: parcerias entre instituições de pesquisa e a esfera pública procuram entender a judicialização da saúde e propor estratégias para lidar com o fenômeno”. **Pesquisa Fapesp**. ed.252. São Paulo: Fapesp. fev. 2017. p.23.

dificultar o problema da falta de efetividade do direito à saúde, na medida em que os recursos (financeiros ou não) são realocados para a satisfação de uma saúde predominantemente individual. Neste cenário, a ideia de uma solidariedade vinculante (político e juridicamente) é importante, pois, apenas assim poderão ser abolidos os juízos de valor que, muitas vezes, colocam em risco a continuidade de políticas de saúde já existentes.

No contexto brasileiro atual, seria necessária uma maior conscientização, tanto por parte dos magistrados, quanto por parte dos pacientes, em um sentido que possa ir além do simples empenho em puramente efetivar os direitos, para considerar todo o contexto constitucional, inclusive a questão da solidariedade. Para tanto é necessário que a jurisdição seja executada com “máxima cautela e responsabilidade, sejam ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social”, isso porque “levar direitos à sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 31).

Tratando-se de direitos que demandam prestações materiais por parte do Estado, o fator custo é sempre algo que deve ser levado em consideração, não como argumento absoluto, mas como limitação ao mínimo existencial, que apesar de garantidor da dignidade humana não é absoluto. A responsabilidade, tanto do administrador, quanto do juiz é evidente a partir da constatação de que a efetivação do direito à saúde depende da alocação de recursos e que qualquer excesso causado pela judicialização pode colocar em risco a continuidade e a evolução das políticas públicas.

#### **2.4 A saúde e o Judiciário: direito social individualizado ou individualização de um direito social**

Uma breve análise dos recentes acontecimentos<sup>99</sup> políticos e sociais no Brasil nos permite concluir que após decorridas três décadas da promulgação do texto

---

<sup>99</sup> Desde 2013 o Brasil vem passando por uma onda de protestos e manifestações em sua maioria focadas em reivindicações de ordem liberal. Neste contexto cita-se: as manifestações de junho de 2013 (iniciaram com movimentos de esquerda que contestavam o aumento nas tarifas de transporte público, mas na sequência tiveram o foco alterado devido à adesão de grande parcela da população, sendo dominado por um repúdio à corrupção em geral); o movimento “Não vai ter Copa” de 2014 (em contrariedade aos gastos públicos com estádios e obras para a Copa do

constitucional mais comprometido com o bem-estar social até então, a sociedade brasileira se mostra cada vez mais distante do ideal previsto pelo preâmbulo constitucional de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Havendo tendências de uma postura cada vez mais individualista da sociedade brasileira em relação aos direitos fundamentais, principalmente em relação àqueles que possuem finalidade social e coletiva.

No cenário da saúde pública os ideais liberais e individualistas também podem ser observados, principalmente devido ao fato de que cada vez mais se pleiteia judicialmente a efetivação da saúde individual, com base na busca por medicamentos e por tratamentos médicos específicos, bem como, que cada vez mais tem se deixado de lado a saúde coletiva e preventiva, na medida em que, a cada ano, cresce o número<sup>100</sup> de adeptos ao movimento antivacina<sup>101</sup>, por exemplo. Neste caso, além de se desprezar uma excelente política pública de saúde

---

Mundo do Brasil, acabou ganhando a adesão de personalidades políticas de centro e direita); os protestos contra o governo Dilma Rousseff (manifestações populares realizadas em diversas regiões do Brasil tendo como principais objetivos protestar contra o governo Dilma e defender a Operação Lava Jato, tiveram início em março de 2015 e culminaram no impeachment de Dilma Rousseff em agosto de 2016, tendo sido capitaneadas por partidos e organizações de direita, como o Movimento Brasil Livre - MBL e recebendo intenso apoio da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - Fiesp); e a Greve dos Caminhoneiros (a greve teve início na manhã do dia 21 de maio de 2018, com bloqueios nas estradas e portos de todo o Brasil, em protesto contra os aumentos nos combustíveis e a nova política de reajustes da Petrobrás, tendo sido oficialmente encerrada em 1º de junho com a liberação dos bloqueios ao porto de Santos/SP, sob fortes indícios da prática de *locaute* pelas grandes empresas de transporte e tentativa de derrubada do Presidente Michel Temer, face as diversas manifestações populares por “intervenção militar”). Ainda, sobre a questão política, em 28 de outubro de 2018, Jair Messias Bolsonaro foi eleito Presidente da República em segundo turno, com 55,13% dos votos válidos. Bolsonaro é militar da reserva e como político foi deputado federal por sete mandatos entre 1991 e 2018, candidato de extrema direita, que por diversas vezes se pronunciou de forma preconceituosa quanto aos direitos das minorias e previu em seu plano de governo propostas econômicas de cunho liberal e extremamente conservadoras quanto às questões sociais.

<sup>100</sup> Segundo o Ministério da Saúde, no Brasil se observou uma queda no índice de vacinação no ano de 2016, quando a cobertura da segunda dose da vacina tríplice viral, que protege contra sarampo, caxumba e rubéola, teve adesão de apenas 76,7% do público-alvo. Fonte: Jornal Estadão online. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral/grupos-contrarios-a-vacinacao-avancam-no-pais-e-preocupam-ministerio-da-saude,70001800099>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>101</sup> O movimento antivacina surgiu a partir de uma pesquisa fraudulenta publicada pela revista científica "The Lancet", em 1998, em tal publicação, o britânico Andrew Wakefield disse que a vacina tríplice viral (que imuniza contra sarampo, caxumba e rubéola) seria desencadeadora do autismo. Em pouco tempo o artigo acabou sendo desmascarado, quando outros cientistas fizeram novos estudos para tentar confirmar a correlação, mas não obtiveram resultados positivos para tal relação. Embora Wakefield tenha perdido seu registro médico e sua publicação tenha sido tirada de circulação, até os dias atuais diversos grupos antivacina promovem a pesquisa de Wakefield como sendo verdadeira e comprovada.

preventiva<sup>102</sup>, coloca-se em risco a saúde pública como um todo devido ao risco da volta de doenças já erradicadas no país e de epidemias.

Em uma sociedade se mostra cada vez mais individualista quanto aos direitos sociais, o papel e a postura do julgador mostram-se como tão importantes, para a realização constitucional, quanto do político, com isso:

é necessário superar a era dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu, as consequências da decisão. A busca, portanto, de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões” (SARLET, 2009, p. 03).

Seguindo os postulados constitucionais, a saúde coletiva e a saúde individual devem coexistir de maneira harmônica, em prol da vida, do bem-estar e de uma redução progressiva das desigualdades. É preciso que os poderes políticos da União promovam políticas públicas, mas também, que o judiciário passe a obedecer a critérios mínimos nos julgamentos, para que haja uma justa realização do direito de todos à saúde.

Em geral os direitos sociais apresentam-se como direitos de interpretação bastante complexa isso porque possuem características comuns à diversas classes de direitos, em regra eles reúnem, ao mesmo tempo, características “do tradicional direito civil, individual, do direito coletivo, que privilegia a igualdade, e do novíssimo direito ‘difuso’, cultural, que valoriza sobretudo a solidariedade” (DALLARI, S.G., 2013, p. 77).

Conforme já mencionado, a compreensão de direito à saúde é extremamente ampla e complexa, não havendo limites definitivos (ou expressos) sobre quais outros direitos estariam dentro do seu conceito. Dentre tais direitos, destaca-se o direito aos medicamentos, que, considerando uma cultura como a brasileira, que se mostra extremamente a favor da medicina curativa<sup>103</sup>, merece ser abordado mais especificamente.

---

<sup>102</sup> O Programa Nacional de Imunizações (PNI) foi criado em 1973 e desde então é referência internacional de política pública de saúde, disponibilizando à toda população brasileira o acesso gratuito a todas as vacinas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde. O país já erradicou, por meio da vacinação, doenças de alcance mundial como a varíola e a poliomielite (paralisia infantil). Fonte: Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/entenda-o-sus/50027-programa-nacional-de-imunizacoes-pni>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>103</sup> Dentre as considerações sobre os diferentes perfis dos processos relativos à judicialização da saúde analisados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015 percebeu-se um “Foco curativo das

O direito ao medicamento é certamente uma parte do direito à saúde, todavia “é uma parte pequena” e possui “aspectos de direito individual, que privilegiam a liberdade - por exemplo, a prescrição médica”, ao passo que o direito à saúde “tem, ao mesmo tempo, aspectos que privilegiam o social, e que privilegiam o direito à igualdade” (DALLARI, S. G., 2009b, p. 02-03).

No tocante ao direito aos medicamentos de alto custo para o tratamento de doenças consideradas raras, as decisões favoráveis à concessão dos fármacos, em regra, se fundamentam na universalidade da saúde e do Sistema Único de Saúde, bem como, na ausência de políticas públicas eficazes para o tratamento de enfermidades raras, já que o Estado brasileiro sequer estabelece critérios para dizer o que (ou quais) seriam estas doenças<sup>104</sup>.

Enquanto os poderes políticos da União se mantiverem omissos quanto à promoção adequada de políticas públicas para tratar doenças que demandam um tratamento médico mais especializado, a judicialização sempre irá se legitimar, principalmente diante dos princípios de integralidade do atendimento e de universalidade que acabam sendo postos “em xeque” face a ausência de cuidados estatais específicos para com as pessoas portadoras de doenças raras em nosso país (AITH, 2014, p. 18).

Todavia, ainda que hajam omissões políticas o Judiciário jamais estará autorizado a decidir com base em fatores morais e/ou emocionais, é preciso que cada situação judicializada seja analisada individualmente e adequada dentro das previsões legais e constitucionais, pois o ativismo não se justifica nem sob o argumento de defesa da saúde e da vida.

---

demandas: as demandas apresentadas versam de forma predominante sobre aspectos curativos da saúde (medicamentos, tratamentos, próteses etc.) e menos sobre aspectos preventivos (vacinas, exames etc.). Isto evidencia que a judicialização da saúde ainda versa sobre uma dimensão bastante parcial de todas as ações e serviços de saúde que devem ser prestadas pelo poder público” (ANSENSI; PINHEIRO, 2015, p. 43).

<sup>104</sup> Via de regra cada país define o que pode ser considerado como uma doença rara. “Os Estados Unidos da América definem o critério de 75 ocorrências a cada 100 mil habitantes, enquanto a União Europeia adota o critério de um por 10 mil habitantes. O Brasil ainda não possui uma política específica para definir o que seriam doenças raras e também não há dados oficiais, tampouco documentos que estabeleçam quaisquer critérios. Até o final do ano de 2012, o Portal da Saúde do Ministério da Saúde informava que uma doença rara era aquela que acometia menos de uma pessoa por dois mil habitantes, critério semelhante ao europeu. No entanto, esse dado não está mais disponível no Portal, havendo apenas a informação de que foi criado um grupo de trabalho para a formulação de uma Política de Atenção às Pessoas com Doenças Raras” (AITH, 2014, p. 19).

Considera-se que quando há uma política pública disponível o judiciário deve “optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea”, ocorre que dentre as sentenças relativas à judicialização da saúde em conjunto com decisões “necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias”, havendo, inclusive, decisões judiciais que contrariam políticas já existentes<sup>105</sup>, “desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos” (BARROSO, 2012a, p. 30).

Em termos de decisões judiciais, o Brasil ainda não construiu uma base jurisprudencial sólida, com efeito, nem mesmo os tribunais superiores têm conseguido resolver o conflito existente entre o reconhecimento da saúde como um direito individual materializador da dignidade humana e sua promoção enquanto um direito social subjetivo. Nesse sentido, tanto o Superior Tribunal de Justiça<sup>106</sup>, quanto o Supremo Tribunal Federal<sup>107</sup>, apresentam dificuldades bastante preocupantes na

---

<sup>105</sup> A título de exemplo temos a questão “dos medicamentos cujo fornecimento ficou a cargo dos Municípios, em conformidade com a política nacional de saúde adotada em 2002 e reforçada em 2006, mas foram fornecidos pelo Estado por determinação judicial”, bem como o fato de que “mais de uma entre dez solicitações judiciais de medicamento atendidas (10,71%) referem-se a drogas cujo uso naquela patologia não era recomendado pela bula do laboratório fabricante, ou seja, tratava-se de uso não aprovado pelo órgão sanitário” (DALLARI, S. G., 2013, p. 79).

<sup>106</sup> No tocante aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 750738/RS, originário de “ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado objetivando o fornecimento de alimento indicado para paciente com distúrbio e dificuldade na ingestão de alimentos, a primeira turma decidiu, acompanhando o Ministro Relator Luiz Fux, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana, que deveria ser concedido o medicamento, para que fosse dada ‘efetividade (à) regra constitucional que consagra o direito à saúde’. E a mesma Primeira Turma — em Recurso Especial contra acórdão que negou tratamento médico no exterior, pois uma vez ‘definidas pela Administração as metas prioritárias na área de saúde pública, dentro do âmbito da discricionariedade de que dispõe e sem ofensa aos limites legais e constitucionais, não cabe ao Judiciário perquirir os critérios adotados, tampouco substituí-los. Daí por que, na espécie, não padece de ilegalidade a Portaria n. 763, de 07.04.1994, editada pelo Ministério da Saúde, que proibiu o custeio de tratamento médico no exterior por conta do Estado’ — decidiu, contrariando o mesmo Ministro Relator [...] negando provimento ao recurso” (DALLARI, S.G., 2009a, p. 28).

<sup>107</sup> Quanto aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, cita-se a decisão no Agravo de Instrumento n. 559055/RS “tendo por base a construção constitucional, legal e administrativa que organizou a prestação de assistência especializada a integral aos portadores de câncer. Nela, o Supremo Tribunal Federal sequer examinou a pertinência dos atos normativos citados, afirmando a ‘obrigatoriedade de o Poder Público (União, Estados e Municípios) fornecer, gratuitamente, a pessoas carentes, portadoras de doenças graves, medicamentos destinados a assegurar condições do direito à continuidade da vida digna e a preservação da saúde’. Assim, curiosamente, mesmo lembrando que o ‘direito de todos à saúde (é) ‘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’, essa decisão não fez qualquer referência aos suportes legais da política pública em questão” (DALLARI, S. G., 2009a, p. 29).

concepção de um Sistema Único de Saúde realmente coerente (DALLARI, S. G., 2009a).

O tema da tecnologia aplicada à saúde tem aumentado os questionamentos sobre o fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos, nesse sentido ainda que a Lei n.º 12.401/2011<sup>108</sup> tenha trazido a expressa previsão de diversas inovações para solucionar problemas de incorporação de tecnologias de saúde, estas ainda não foram plenamente absorvidas pelo Sistema Único de Saúde, gerando diversos impasses que, inevitavelmente, acabam tendo que ser resolvidos pelo judiciário.

A questão dos medicamentos e tratamentos experimentais de alto custo, certamente é a que mais motiva a discussão sobre solidariedade e individualismo na saúde, isso pelo motivo de que demandam consideráveis gastos públicos e atendem apenas à uma pequena parcela da população.

Nesse sentido, a atuação regulatória do Estado é fundamental para o enfrentamento dos desafios econômicos e sociais resultantes de “anseios populacionais por tecnologias novas ou inovadoras oferecidas pelo mercado, nem sempre realmente necessárias, mas que costumeiramente chegam ao conhecimento da sociedade portando forte apelo propagandístico” (AITH, 2014, p. 32). Ao mesmo passo, o Judiciário possui um papel fundamental na garantia do justo equilíbrio entre individual e social, na medida em que, não é admissível que se considere qualquer promessa (muitas vezes inconsequente) de solução para um grave problema de saúde como um direito absoluto e dever do Estado.

O efeito discriminatório ou anti-isonômico da judicialização da saúde tem sido analisado por diversos ângulos, todavia,

a pergunta preliminar que aqui tem que se fazer em relação a todas as questões é outra: é o Poder Judiciário ou causador principal dessa discriminação, desse efeito anti-isonômico? Essa é a pergunta. A resposta me parece que é um sim, mas em parte; mas seguramente não o sim em toda a sua integralidade [...] O Poder Judiciário é chamado a corrigir uma exclusão em relação àqueles serviços que já estão sendo disponibilizados e não são disponibilizados a todos. Embora haja os caroneiros e o efeito perverso em alguns casos de decisões judiciais, o que é indiscutível, é evidente que essas distorções ocorrem, às vezes, por falta de cuidado em algumas decisões isoladas, essa discricionariedade também ocorre no sistema público de saúde (SARLET, 2009, p. 05-06).

---

<sup>108</sup> Lei nº 12.401, de 28 de abril de 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.

Ainda que a saúde seja um pressuposto essencial para a realização digna do direito à vida e que apenas a questão orçamentária não seja argumento capaz de, sozinho, impedir o deferimento da tutela jurisdicional para o fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos, decisões impulsivas, tomadas sem os devidos critérios<sup>109</sup>, sejam por parte do Judiciário, sejam por parte do Executivo e Legislativo, tendem a prejudicar a efetivação da saúde e não a universalizá-la realmente.

Certamente, apenas a questão econômica e de alocação de recursos não pode ser argumento quando se trata da efetivação de um direito fundamental inestimável, principalmente quando se sabe que muitas vezes os devidos repasses para a saúde não são feitos. Mas analisar cada caso concreto, dentro de suas especialidades é essencial quando se trata de direitos tão complexos quanto os direitos sociais, deferir um pedido, quando se trata da judicialização da saúde, fundado em motivações morais e emocionais não satisfaz os preceitos constitucionais, é preciso

cobrar do juiz a responsabilidade de não achar que está fazendo justiça em caso individual, mediante uma mera requisição de uma paciente que sequer o rosto ele enxergou, com uma liminar já pré-impressa, ou já pronta, no computador, uma petição inicial já pronta, da defensoria pública, e um parecer do Ministério público, já pronto, anexado ao processo, sem sequer fazer um exame mais criterioso, como se saúde fosse direito líquido e certo

---

<sup>109</sup> Nesse contexto cabe mencionar o recente caso da “fosfoetanolamina sintética” ou “pílula do câncer”, produto medicamentoso criado e produzido por um grupo de pesquisa chefiado pelo professor Osvaldo Chierice, na Universidade de São Paulo (USP), campus São Carlos. No ano de 2015, a pílula do câncer ganhou grande destaque na mídia nacional devido ao grande número de requerimentos judiciais solicitando o seu fornecimento, isso se deu porque a distribuição da fosfoetanolamina pelo grupo de pesquisa da USP foi proibida, pois o produto não respeitava as normas técnicas da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Face a promessa de um remédio “miraculoso” que poderia curar o câncer, juízes e tribunais de todo o país deferiram liminares permitindo o uso do medicamento e também condenando a USP a produzi-lo, ainda que estivesse em fase experimental e não fosse aprovado por nenhum órgão fiscalizador ou regulamentador. Devido ao apelo midiático, entre março e abril de 2016, o Congresso Nacional chegou a aprovar (em uma votação que conseguiu unir na mesma causa, os então deputados Jair Bolsonaro, do PSC/RJ e o deputado Jean Wyllys, do PSOL/RJ – políticos que representam dois extremos ideológicos opostos da política atual brasileira) e depois a então presidente Dilma Rousseff sancionou a lei n. 13.269/16, que tornou legal o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, bem como a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário. Pouco tempo depois, os efeitos de tal lei foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2016 e dois meses depois, em julho, o Instituto do Câncer de São Paulo (Icesp), deu início aos testes com a chamada “pílula do câncer” em seres humanos, todavia, o uso do fármaco não conseguiu demonstrar sequer sinais mínimos de eficácia nos pacientes e a integração de novos pacientes a esses testes foi suspensa no fim de março de 2017 (Fonte: XX Congresso Brasileiro de Oncologia Clínica. Disponível em: <http://semanaonco.com.br/BJO-suplemento-completo.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018).



e não fosse um direito que deveria ser adequado às peculiaridades individuais ou mesmo de certos grupos da população (SARLET, 2009, p.12).

Não se está a falar em afastar o judiciário do direito à saúde, tampouco, em condenar pacientes à morte, negando-lhes medicamentos e tratamentos médicos por serem dispendiosos demais e/ou experimentais, pois um Estado jamais pode ser negligente em face de riscos de vida iminente dos seus indivíduos. Entretanto “como o direito à assistência farmacêutica depende de uma política pública para ser garantido [...] é preciso que as necessidades individuais sejam contextualizadas dentro da política pública de medicamentos”, a fim de que se garanta que os preceitos constitucionais prevaleçam sobre possíveis soluções milagrosas<sup>110</sup> que não podem jamais ser usadas como fundamentos no Direito. (MARQUES; DALLARI, 2007, p. 106).

Diante do nível brasileiro de judicialização da saúde de caráter individual e curativo não há mais como se admitir “a universalidade exclusivamente sob as espécies de uma regra geral e de uma assistência uniforme”, é necessário que haja uma análise concreta e individualizada dos pedidos judiciais para que a judicialização da saúde não acabe gerando injustiças sociais<sup>111</sup>. (ROSANVALLON, 1998, p. 168). Embora não se pretenda um Estado mínimo, tampouco uma

---

<sup>110</sup> Sobre a questão de medicamentos que prometiam ser milagrosos, mas acabaram se mostrando ineficazes e perigosos, cabe relembrar o conhecido caso da Talidomida, fármaco que foi muito popular nos anos 50, surgiu com a promessa de ser um calmante e ansiolítico, extremamente eficaz para controlar as constantes náuseas e a tensão, típicas dos primeiros meses de gravidez, todavia, com o passar dos tempos seus efeitos adversos, como abortos e má formação dos fetos (até então não pesquisados quando da sua liberação para venda), foram descobertos e sua venda acabou sendo proibida em quase todo o mundo. (Fonte: Associação Brasileira das Vítimas da Talidomida – ABVT. Disponível em: <https://abvt.wordpress.com/o-que-e-a-talidomida/>. Acesso em: 13 jun. 2018).

<sup>111</sup> Sobre o entendimento de que a judicialização da saúde não gera, necessariamente, justiça social, temos como exemplo a pesquisa “Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo” elaborada pelas pesquisadoras Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari. Na pesquisa foram analisados os processos judiciais de fornecimento de medicamentos no Estado de São Paulo, de 1997 até 2004. Com tal pesquisa chegou-se às seguintes, e alarmantes, conclusões: “Os discursos dos juízes subsidiaram a condenação do Estado em 96,4% dos casos analisados. O Estado foi condenado a fornecer o medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quando o medicamento não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (9,6% dos casos analisados). Observou-se que 100% dos processos estudados foram propostos por autores individuais; em 77,4% o autor requer o fornecimento de medicamento específico de determinado laboratório farmacêutico e; em 93,5% dos casos, os medicamentos são concedidos judicialmente ao autor em caráter de urgência, por meio de medida liminar. O Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, não toma conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência farmacêutica. E assim, vem prejudicando a tomada de decisões coletivas pelo sistema político nesse âmbito, sobrepondo as necessidades individuais dos autores dos processos às necessidades coletivas”. (MARQUES; DALLARI, D. A. 2007, p. 101).

diminuição da atuação estatal, compreende-se que “o Estado não pode fazer tudo, que é preciso restaurar uma maior continuidade entre a ação individual e a ação coletiva” é necessária uma verdadeira adequação dos indivíduos às pluralidades sociais, pois “uma nova era do político deve corresponder a uma nova era do social. Uma prática renovada da solidariedade só pode nascer no seio de uma visão aprofundada da democracia e de uma redefinição lúcida da ideia reformista.” (ROSANVALLON, 1998, p. 168).

Inevitavelmente, por mais que um Estado seja organizado no atendimento às prestações de saúde, sempre surgirão exceções e inovações que não estarão amplamente cobertas pelas diretrizes clínicas propostas pelo poder público. Em um mundo globalizado onde a tecnologia avança a cada dia, a judicialização da saúde para resolver impasses de regulamentação de medicamentos parece inevitável, todavia, o julgador deve sempre estar atento para não se deixar levar por motivações pessoais ou mesmo por apelos midiáticos, mas sim, analisar o caso concreto e a situação particular de cada indivíduo que postula a efetivação deste direito social através do judiciário, caso contrário estará oportunizando um crescimento da atual crise de solidariedade.

### **3. A SOLIDARIEDADE JURÍDICO-NORMATIVA COMO UM NOVO HORIZONTE PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

A partir do momento em que o legislador constituinte firmou a saúde como um direito fundamental social atribuiu aos Poderes Políticos do Estado o dever de promover tal direito por meio de políticas públicas comprometidas com a justiça social. Todavia, a crise de paradigmas do Direito brasileiro prejudica de sobremaneira a efetivação deste direito conforme as premissas constitucionais, oportunizando a individualização da saúde.

Levando-se em consideração o contexto já apresentado de uma excessiva judicialização individual curativa da saúde, a efetivação deste direito através de políticas sociais e econômicas, conforme a previsão constituinte, parece se tornar cada vez mais distante. Para tanto, a solidariedade jurídico-normativa surge como um desafio a ser enfrentado pelos operadores do Direito diante de uma sociedade que se mostra cada vez mais individualista.

Ainda, faz-se necessária a percepção de que a postura dos juízes é fator determinante para o enfrentamento da individualização excessiva da saúde, bem como, que as teses tradicionais da reserva do possível e do mínimo existencial limitam-se às análises da saúde num contexto de senso comum que não mais se sustenta no constitucionalismo contemporâneo.

#### **3.1 O sistema de saúde brasileiro e o desafio da solidariedade**

Dentro do contexto já exposto verifica-se que a crise de solidariedade, sobretudo, incrementa a crise de aplicabilidade dos direitos. Na prática, é extremamente difícil assimilar qual das crises se estabeleceu primeiro, já que, por ser um país de modernidade tardia, o Brasil sempre apresentou uma certa insuficiência, tanto de solidariedade, quanto de aplicação de direitos constitucionalmente previstos.

No Brasil, antes da Constituição de 1988, adotava-se um sistema de seguro<sup>112</sup> para a questão da saúde pública, que resultava em um favorecimento da

---

<sup>112</sup> “A partir dos anos 1920, o país foi desenhando um modelo em que, primeiro, algumas categorias (ferroviários, marítimos etc.) foram conseguindo esquemas de assistência à saúde e benefícios

exclusão das pessoas que não se enquadravam no trabalho formal (não contribuintes). Imediatamente após 1988<sup>113</sup> começou a ser feita uma diferenciação, dentro da seguridade social, entre a saúde, a previdência e a assistência social, bem como, no ano de 1990, se instituiu o Sistema Único de Saúde<sup>114</sup>, um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo<sup>115</sup> que propõe um acesso à saúde integral, universal e igualitária à toda população brasileira, abrangendo desde os atendimentos mais básicos e ambulatoriais até transplantes de órgãos e tratamentos para doenças graves como o câncer<sup>116</sup>.

Embora tanto a Constituição Federal<sup>117</sup>, quanto o sistema de saúde brasileiro<sup>118</sup> se proponham a assistir indiscriminadamente todos os cidadãos de forma universal e igualitária, tal sistema não compreende expressamente a solidariedade dentre os seus pilares fundamentais. De fato, o Sistema Único de Saúde se alicerça nos princípios<sup>119</sup> da universalização, da equidade e da

---

como aposentadoria. Com o passar do tempo, todos os trabalhadores inseridos no mercado formal tinham direito a fazer consultas, exames, cirurgias. Tudo isso estava sob o guarda-chuva do Ministério da Previdência e Assistência Social que, no período militar, teve duas instituições que se ocuparam da saúde: o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), criado em 1966 e substituído em 1974 pelo Instituto de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS)” (Fonte: Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz. Disponível em: <http://www.cee.fiocruz.br/?q=antes-dosus>. Acesso em: 11 jun. 2018).

<sup>113</sup> O processo político de formalização do projeto da Constituição Federal de 1988 foi marcado por disputas políticas entre grupos conservadores e reformistas, que detinham interesses distintos. Finalmente, sob influência direta dos sanitaristas (idealizadores da Reforma Sanitária Brasileira - RSB) e com um forte apelo popular, a saúde foi institucionalizada como um Direito Fundamental Social. (Fonte: Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: <https://bvsarouca.icict.fiocruz.br/sanitarista05.html>. Acesso em: 11 jun. 2018).

<sup>114</sup> A implantação do Sistema Único de Saúde, após a Constituição de 1988, se deu de forma gradual, inicialmente surgiu o SUDS (Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde), posteriormente houve a incorporação do INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social) ao Ministério da Saúde, pelo Decreto nº 99.060, de 7 de março de 1990 e por fim, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) fundou o Sistema Único de Saúde.

<sup>115</sup> O Sistema Único de Saúde (SUS) inspirou-se no britânico *National Health Service* (NHS), sistema de saúde que também se baseia na universalidade. O Sistema Único de Saúde, é considerado pelo Ministério da Saúde "um sistema ímpar no mundo, que garante acesso integral, universal e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos transplantes de órgãos". (Fonte: Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018).

<sup>116</sup> No Brasil, atualmente, os planos de saúde e os atendimentos privados atendem 46,6 milhões de pessoas, mas é o Sistema Único de Saúde que realiza 75% dos procedimentos de alta complexidade no País, contando com mais de 6.528 hospitais credenciados (públicos, privados e filantrópicos) e 38 mil Unidades Básicas de Saúde. (Fonte: Centro Cultural do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/sus/antes-depois.php>. Acesso em: 11 jun. 2018).

<sup>117</sup> Vide art. 196, caput, da CF/1988.

<sup>118</sup> Vide art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.088/1990.

<sup>119</sup> Princípios do Sistema Único de Saúde – Universalização: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e

integralidade, que quando conjugados de maneira concomitante, pressupõem uma essência solidária dos princípios formadores de tal sistema. No entanto, diante da crise de solidariedade do Estado brasileiro, nos últimos tempos o princípio da universalização tem preponderado face os demais, principalmente quando se trata de saúde pública judicializada.

Em um plano mais abrangente<sup>120</sup> é possível considerar que a solidariedade desponta como norteadora da pactuação e da gestão das ações de saúde entre os entes federados, bem como, entre estes e a sociedade. Todavia, no plano das relações cotidianas de saúde, incluindo-se neste contexto a questão da judicialização da saúde, a solidariedade, principalmente a solidariedade expressa pela Constituição Federal como um objetivo do Estado, ainda se mostra como um desafio a ser enfrentado.

Se pode tomar como referência para um exemplo comparativo<sup>121</sup> ao sistema de saúde brasileiro, o Seguro Social de Doença<sup>122</sup> alemão, que traz expressamente

---

serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais; Equidade: o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior; e Integralidade: este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos. (Fonte: Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>. Acesso em: 20 mai. 2018).

<sup>120</sup> Nesse sentido podemos referir: o estabelecimento do Pacto pela Saúde realizado pelos gestores do Sistema Único de Saúde e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, em 2006, que propõe que o processo de construção do Sistema Único de Saúde contemple a organização de “uma rede solidária e regionalizada de ações e serviços que qualifiquem o processo de gestão”; já o Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/1990, estabelece o Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde, entendido como um “acordo de colaboração firmado entre os entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e os serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada” para a “implementação integrada das ações e serviços de saúde”. (Fonte: Brasil. Ministério da Saúde (MS). Pactos pela vida, em defesa do Sistema Único de Saúde e de gestão. Brasília: CONASS, CONASEMS, 2006; e Brasil. Decreto 7.508, de 28 de junho de 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).

<sup>121</sup> A solidariedade coercitiva prevista pelo seguro social alemão é um exemplo exitoso de política pública de solidariedade que permite, além da realização do direito social à saúde, uma maior redução das desigualdades sociais. Isso porque, a estabilidade do modelo de seguro social alemão apresentada ao longo dos anos (sua estrutura básica se mantém por mais de 100 anos, sobreviveu à queda do Império, à república de Weimar, à grande depressão, ao nazismo, à derrota em duas Guerras Mundiais e tem sobrevivido ao neoliberalismo da atualidade) demonstra o êxito deste sistema e de seus princípios estruturantes.

a solidariedade como um de seus princípios constitutivos. Tal sistema de saúde se fundamenta essencialmente em princípios que vigoram de maneira harmônica e concomitante, quais sejam: “de ‘equivalência’ – característico de qualquer seguro –, de ‘solidariedade’ – por pressupor alguma redistribuição – e de ‘subsidiariedade’, que define a ação estatal como complementar”. (GIOVANELLA, 2001, p. 33).

Na prática, desde que os princípios que fundamentam o sistema de saúde pública brasileiro sejam corretamente aplicados, de maneira simultânea e equilibrada, a excessiva individualização do direito à saúde não poderá ser a consequência obtida. Isso porque, além da universalização, que impede discriminações na prestação da saúde (e que não exprime a existência de um direito líquido e certo à um tratamento e/ou medicamento específico), o Sistema Único de Saúde baseia-se em princípios formadores da justiça social, como a equidade, que prevê uma maior atenção às populações mais carentes e a integralidade, que pretende assegurar desde a saúde preventiva e questões de saneamento básico, até a saúde curativa tradicional.

Tendo por exemplo as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde representa um grande avanço no tocante à formulação de políticas públicas de saúde<sup>123</sup>, na medida em que as suas ações costumam ser estabelecidas observando um enquadramento de preservação das conquistas sociais já alcançadas e de fortalecimento dos setores mais necessitados da sociedade, ou seja, em um sentido de redução das desigualdades sociais e econômicas. Contudo, a aplicação descontextualizada e/ou isolada dos princípios constitutivos do Sistema Único de Saúde tende a torná-lo, por vezes, um sistema que não valoriza a solidariedade, o que, acaba prejudicando os postulados constitucionais e a efetivação do próprio direito social à saúde.

---

<sup>122</sup> A proteção social à saúde na Alemanha se organiza, há mais de um século, mediante um modelo de seguro social que é garantido por meio de uma contratação compulsória e “tem como instituição central o *Gesetzliche Krankenversicherung (GKV)*, literalmente seguro doença” (GIOVANELLA, 2001, p. 53).

<sup>123</sup> “O processo da reforma sanitária brasileira é um projeto civilizatório, ou seja, pretende produzir mudanças dos valores prevalentes na sociedade brasileira tendo a saúde como eixo de transformação, e a solidariedade como valor estruturante. O projeto do Sistema Único de Saúde é uma política de construção da democracia que visa a ampliação da esfera pública, a inclusão social e a redução das desigualdades”. (CARTA DE BRASÍLIA. Documento final do 8º Simpósio sobre Política Nacional de Saúde. Medicina CFM, 2005, Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/carta\\_brasilia.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/carta_brasilia.pdf). Acesso em: 10 out. 2018.

A relação deficitária entre solidariedade e judicialização da saúde se apresenta como um traço intensamente mais latente nos países de modernidade tardia da América Latina<sup>124</sup>, pois na grande maioria dos países Europeus a universalização da saúde foi uma característica que amadureceu ao longo dos anos, o que propiciou uma certa conscientização da população no sentido de que o fornecimento de medicamentos gratuitos pelo Estado é limitada, com isso, a saúde só é judicializada em casos mais extremos.

Nos casos em que a saúde é judicializada, frequentemente, o argumento de que o postulante seria titular de um direito subjetivo à prestação estatal de uma saúde universal e igualitária é invocado (mínimo existencial), tanto pelos autores das ações judiciais, quanto pelos julgadores, na fundamentação das suas decisões. Ocorre que, no âmbito do Direito Constitucional Contemporâneo, não é admissível, que os julgadores, movidos por ativismos e por juízos meramente morais, coloquem um direito individualizado à frete da questão da escassez de recursos públicos (reserva do possível) para custear um direito à saúde, que deve sempre ser considerado como universal para todos os cidadãos brasileiros e não apenas para quem o pleiteia perante o Poder Judiciário.

No contexto dos direitos fundamentais “tratar as pessoas com o mesmo respeito que dedicamos a nós mesmos” é algo primordial para que a solidariedade seja respeitada, com isso “precisamos no mínimo não reclamar para nós nenhum direito que não concedamos aos outros e não supor para eles nenhum dever que não aceitamos para nós”. (DWORKIN, 2014a, p. 407). Ou seja, quando se trata de um direito social como a saúde, considerar a situação do outro é fundamental,

---

<sup>124</sup> Ainda que a acentuada judicialização da saúde seja um traço dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, a litigância nos países da América Latina denota um déficit muito maior de solidariedade, visto que, é a que mais costuma focar na saúde individual e curativa. Embora também haja um problema de judicialização excessiva da saúde em países da África e da Ásia, na África do Sul 80% das solicitações judiciais pretendem que o Estado contrate mais médicos ou que construa novos postos de atendimento aos pacientes, já na Índia, 70% das ações judiciais são de caráter coletivo, movidas por grupos e associações de pacientes. Já no caso da América Latina, além do caso brasileiro, temos outros países que apresentam uma tendência acentuada à litigância individual e curativa da saúde, vejamos: o caso da Costa Rica, onde verificou-se que no ano de 2008, 70% das ações judiciais visavam o acesso à medicamentos experimentais ou de baixa prioridade nos tratamentos; o caso da Argentina, onde 72% das ações configuram demandas individuais para o acesso de medicamentos; e o caso da Colômbia, onde verificou-se entre os anos de 1999 e 2008 um dos mais altos índices de judicialização da saúde do mundo, chegando ao número de mais de 640 mil ações judiciais. (FLOOD, Collen M.; GROSS, Aeyal. “*Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach*”. *Health and Human Rights Journal*. v.16. n.2. Boston: Harvard University Press. p.62-72. 2014.)

observar as políticas públicas já existentes e o possível impacto de um pedido judicial individualizado na concretização destas é o mínimo que se espera em uma sociedade que se propõe como solidária.

Também há que se considerar, em conjunto com a solidariedade, a questão da “proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais”, para que seja possível combater qualquer tipo de “embate entre o paradigma do Estado Social [...] e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e de ideologia neoliberal.” (BAGGIO, 2008, p. 98). Ou seja, o argumento do custo, materializado na teoria da reserva do possível, em um Estado que tem como objetivo o bem-estar de seus cidadãos e a justiça social, não pode jamais ser o único impeditivo da negativa de uma prestação de saúde.

O compromisso exposto pelo art. 3º da Constituição sobre o “resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social)” apresenta-se como uma regra claramente contramajoritária para os casos de jurisdição constitucional. (STRECK, 2017b, p. 113).

Na medida em que o direito à saúde está sendo implantado em conformidade com as previsões constitucionais, através de políticas públicas, pensadas e organizadas para o bem de uma coletividade, correr o risco de prejudicar a efetividade de tais políticas com uma decisão judicial ativista, também seria uma afronta ao princípio, já consolidado no direito constitucional brasileiro, da proibição de retrocesso social.

Interpretar a universalidade de maneira conjunta com os demais princípios constitutivos do Sistema Único de Saúde pressupõe forçosamente a observância da solidariedade, pois os custos elevados da assistência de saúde, em diversas situações, não permitirão a oferta desta assistência para todos os cidadãos. Assim, universalizar a saúde de um indivíduo (quando distante dos padrões já estabelecidos em uma política pública), pode obstaculizar a universalidade da saúde de outros, por vezes tão, ou mais necessitados da assistência do Estado.

Quando se trata da universalidade de direitos fundamentais sociais, não se pode deixar de considerar que “os indivíduos são iguais só genericamente, mas não



especificamente”, já que, há sempre algumas diferenças que precisam ser observadas para que se atinja uma certa isonomia, acreditar “que todos os cidadãos são iguais sem distinção de condições pessoais ou sociais, não é verdade em relação aos direitos sociais”, pois justamente estas condições que devem ser levadas em consideração no momento da efetivação de tais direitos. (BOBBIO, 2004, p. 34).

É manifesto que as intervenções judiciais de determinações para que o Estado forneça medicamentos e tratamentos médico-hospitalares específicos visam a realização da característica de universal do direito à saúde, todavia, tal sistemática “começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”, isso porque, todos os “excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública”. (BARROSO, 2007, p. 90).

Ainda que o caráter universal da saúde transmita a imagem de que todos os cidadãos seriam titulares de um direito certo à amplos serviços gratuitos de saúde, “a universalidade dos serviços de saúde não traz como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 43). Na realidade, o que a Constituição Federal de 1988 garantiu foi que “todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde”, entretanto, em nenhum momento assegurou que “qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação [...] que envolva a proteção da sua saúde”. (SARLET, 2012, p. 329).

Considerando-se um contexto social como o brasileiro, onde as desigualdades sociais e econômicas são latentes, bem como, onde os direitos humanos foram constitucionalizados há apenas três décadas, a não observância de uma moderação à gratuidade das prestações de saúde acabaria por afrontar as expressas disposições constitucionais de redução das desigualdades e de justiça social.

Mesmo que a Lei nº 8.080/90 estabeleça a gratuidade das ações e dos serviços de saúde, tal gratuidade só obriga o Estado no tocante aos serviços amparados pelo Sistema Único de Saúde, ou seja, quaisquer outras prestações de

saúde que não sejam abrangidas pela política pública do Sistema Único de Saúde, carecem da demonstração e comprovação da necessidade financeira pela parte de quem a pleiteia. Assim, quaisquer decisões judiciais que incluam a concessão de prestações de saúde fora dos serviços e das ações ofertados pelo Sistema Único de Saúde, bem como de tratamentos de saúde que extrapolem os limites do território brasileiro, sem a observância da comprovação efetiva da necessidade socioeconômica do autor da ação, viola os parâmetros legais estabelecidos para a gratuidade da saúde e afronta de sobremaneira a efetivação do princípio da solidariedade.

Levando em consideração a questão do custo da saúde para os cofres públicos, “o simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual”, é necessário pensar o direito à saúde como um direito eminentemente social, compreendendo a sua efetivação de forma simultânea com “os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade”, bem como, atentar para a real necessidade econômica do indivíduo que está requerendo a tutela estatal como “um parâmetro a ser levado à sério” no momento do deferimento ou não da gratuidade dos serviços de saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 42).

Quando o juiz ou o tribunal se utiliza das teorias tradicionais da reserva do possível e do mínimo existencial fazendo uma análise da saúde judicializada de forma isolada da solidariedade, tal decisão acaba sendo extremamente prejudicial à efetivação da saúde como direito fundamental, na medida em que banaliza a gratuidade dos serviços e compromete a manutenção de políticas públicas já existentes.

No mesmo sentido, Norberto Bobbio explica que, quando se está a tratar de direitos fundamentais sociais:

Cabe ainda mencionar uma dificuldade que se refere às condições de realização desses direitos. Nem tudo que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável. Para a realização dos direitos do homem, são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios de protegê-los. (BOBBIO, 2004, p. 43).

Ainda que todos os pedidos judiciais de assistência de saúde carreguem a aparência serem justos e necessários, por se respaldarem em direitos humanos

fundamentais como a vida, a integridade física e a dignidade humana, nem sempre será possível satisfazer a todos os pedidos judiciais de maneira absoluta, visto que, a efetivação da saúde pública depende da disponibilidade de recursos (sejam eles financeiros, estruturais ou pessoais) que nem sempre são acessíveis e/ou excedentes no Estado brasileiro.

Sendo que a Constituição Federal associa diretamente as políticas sociais e econômicas à garantia do direito à saúde, efetivá-lo por meio de políticas públicas seria a melhor forma de “assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário” (BARROSO, 2007, p. 109). Isso porque, quando se fala em realidade fática brasileira, o acesso à justiça<sup>125</sup> parece ser mais uma das promessas da modernidade que ainda não foram plenamente cumpridas, principalmente quando se fala das parcelas mais pobres da sociedade, na medida em que ter acesso ao judiciário, nem sempre significa a realização do direito de acesso a justiça.

De fato, o ideal, tendo por base as disposições feitas pelo constituinte de 1988, é priorizar as medidas que possuem caráter preventivo, em um sentido mais abrangente de saúde, considerando seu aspecto relativo à vigilância sanitária e à epidemiologia. Sem que, com isso, hajam prejuízos aos serviços de caráter assistencial, que são igualmente necessários para a satisfação isonômica de um direito à saúde amplo, associado com o equilíbrio físico, psicológico e social de todos os indivíduos.

Quando o protagonismo judicial toma a frente da questão da implementação dessas políticas, acaba, muitas vezes privilegiando aqueles indivíduos que “possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial”, isso em razão de que “a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais”, diferindo em muito do postulado

---

<sup>125</sup> De acordo com o Relatório Justiça em Números 2018, dentre as Demandas mais recorrentes segundo as classes e os assuntos dos processos, os cinco assuntos mais demandados na Justiça Estadual em 2017 foram: obrigações/espécies de contratos (Civil); responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral (Consumidor); dívida ativa (Tributário); responsabilidade civil/indenização por dano moral (Civil); e família/alimentos (Civil). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

constitucional de justiça social e de redução das desigualdades. (BARROSO, 2007, p. 107).

Diferenciar universalidade de gratuidade geral, assim como, assegurar a prevalência de políticas públicas de saúde focadas na saúde coletiva e preventiva é fundamental para que a saúde pública possa ser efetivada plenamente com base nos pressupostos constitucionais. Compreender universalização, equidade e integralidade de forma adjacente à solidariedade jurídico-normativa parece ser a melhor forma de proporcionar um equilíbrio entre os princípios estruturais do sistema de saúde brasileiro.

Dentro do contexto dos sistemas de saúde, a solidariedade, em sua forma jurídico-normativa, assume um papel de suma importância para o direito social à saúde, de fato, significaria uma:

Responsabilização coletiva pela garantia de uma vida digna; é produto cultural, fruto do processo civilizatório, e como tal, necessita ser reiteradamente preservado e recriado. Não é suficiente, porém, que a solidariedade se apresente como consciência moral; é preciso que seja institucionalizada em reais possibilidades de comportamento. (GIOVANELLA, 2001, p. 37-38).

Assim, a correta aplicação da solidariedade jurídico-normativa desponta como um fator essencial para a satisfação do direito social à saúde, principalmente no sentido de esclarecer que universal e gratuito não podem ser considerados como sinônimos<sup>126</sup> em um país que apresenta fortes desigualdades sociais e econômicas desde sempre.

A implementação do Sistema Único de Saúde, em 1990, foi um enorme passo do Estado brasileiro em caminho da concretização da solidariedade jurídico-normativa aplicada ao direito à saúde. No decorrer dos anos, diversas políticas públicas de saúde<sup>127</sup>, continuaram no sentido de realizar a saúde em sua forma

---

<sup>126</sup> Considerando-se o cenário brasileiro atual, onde Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, estabeleceu um teto para os gastos públicos, congelando as despesas do Governo Federal com a saúde pública, com cifras corrigidas pela inflação, por até 20 anos, estabelecer uma clara diferenciação entre “universal” e “gratuito” torna-se cada vez mais importante para que o direito à saúde possa continuar socorrendo a todos que necessitarem da assistência pública de saúde no decorrer dos anos.

<sup>127</sup> Além das políticas de saúde já expostas no decorrer desta pesquisa, destaca-se o “Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão”, documento pactuado na reunião da Comissão Inter gestores Tripartite, no dia 26 de janeiro de 2006 e aprovado na reunião do Conselho Nacional de Saúde, no dia 09 de fevereiro de 2006. Em tal documento foram firmados compromissos em torno das medidas que resultem em melhorias da situação de saúde da população brasileira, a partir dele, definem-se prioridades e metas a serem alcançadas nos municípios, regiões, estados e no país, atualmente são seis as prioridades em vigência, quais sejam: a saúde do idoso; o controle do

social e preocupada com a realização da solidariedade, todavia a judicialização da saúde, da forma que se apresenta no Brasil (curativa e individualizada), pode colocar em risco não só a efetivação da saúde pública, mas o projeto político constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A partir da premissa constitucional de que a saúde deve ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas temos um verdadeiro impasse criado pela judicialização. De um lado o constituinte originário preceituou expressamente a intenção de que a saúde, como direito fundamental social, dê preferência à redução do risco de doenças e à redução do agravamento das doenças já existentes, ou seja, a Constituição Federal de 1988 prevê claramente a prevalência da saúde preventiva. De outro lado, temos o Poder Judiciário, que costuma deferir, através de decisões liminares<sup>128</sup> fundadas unicamente nas alegações do autor da demanda, ordens ao Poder Executivo para o pagamento de prestações de saúde, o que, acaba por ratificar (e incentivar) uma intensa litigância individualizada no intuito da satisfação de uma saúde curativa com caráter de direito incontestável de todos em face do Estado.

Assim, ainda que o Poder judiciário não esteja impedido de atuar, em se tratando de casos judiciais difíceis como é o caso da judicialização da saúde, a sua atuação deve sempre se manter baseada em princípios jurídicos e jamais em discricionariedades e juízos morais, tampouco estanques estre teorias opostas e simplistas como a reserva do possível e o mínimo existencial. De fato, o ideal, seria um incentivo à solidariedade jurídico-normativa, bem como, um implemento da saúde universal e igualitária proposto pelos poderes políticos da União, sendo sempre observadas as premissas e princípios constitucionais e jamais permitindo-se que o individualismo prepondere sobre o social.

---

câncer do colo do útero e do câncer de mama; a redução da mortalidade infantil e materna; o fortalecimento da capacidade de resposta às doenças emergentes e endemias, com ênfase na dengue, na hanseníase, na tuberculose, na malária e na influenza; a promoção da saúde; e o fortalecimento da atenção básica de saúde. (Fonte: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Departamento de Apoio à Descentralização. Coordenação Geral de Apoio à Gestão Descentralizada. **Diretrizes operacionais dos Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão**. Brasília: CNS, 2006).

<sup>128</sup> Sobre a tendência do judiciário brasileiro em deferir pedidos de antecipação de tutela em casos de judicialização da saúde, vide notas de rodapé nº 61 e 109.

### **3.2 A responsabilidade política do Poder Judiciário como potencializadora de solidariedade e/ou de individualidade**

Tendo em vista o já observado no decorrer desta pesquisa, constata-se que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é absolutamente incompatível com posturas discricionárias e subjetivas que se mostram como completamente antidemocráticas. Com isso, as frequentes atitudes ativistas dos juízes brasileiros estariam intimamente relacionadas com a atual crise de paradigmas que fomenta o individualismo.

A peculiar relação existente entre direito e política é inegável, todavia, vemos que muitas vezes os juízes, em suas decisões, se deixam levar por fatores extrajudiciais, pessoais e ideológicos, que muitas vezes se tornam preponderantes. Para tanto, estabelecer o papel que a jurisdição assume, dentro do Estado Democrático de Direito, para a concretização dos direitos fundamentais se torna essencial:

Parece que a inserção da Constituição na noção de paradoxo – pelos “interesses” contraditórios que nasceu para albergar – traz implícita a discussão da problemática tensão entre legislação e jurisdição, pela simples razão de que a primeira é fruto da vontade geral (majoritária) e a segunda coloca freios nessa mesma vontade [...] Por isso, é possível afirmar que a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofa em que convergem as dimensões democrática, liberal e social. (STRECK, 2017b, p. 116).

Quando fatores jurídicos (normas e princípios) são sobrepujados e fatores de natureza eminentemente política (subjetivismos) se tornam predominantes nas fundamentações de decisões, temos um impasse pelo qual o julgador acaba ignorando o verdadeiro direito e substituindo-o “por suas próprias concepções ao verdadeiro conteúdo do direito”, o que, de fato, não conversa com os pressupostos da Constituição Federal de 1988. (DWORKIN, 2014b, p. 309). Com isso, percebe-se que decisões fundadas unicamente nas teorias tradicionais da reserva do possível e do mínimo existencial tendem a assumir mais facilmente uma postura ativista e discricionária, pois negligenciam princípios como a solidariedade para decidir com base em fatores subjetivos, típicos do senso comum dos juristas.

Haja vista o contexto histórico brasileiro, a tensão existente entre os Poderes do Estado não parece nada muito surpreendente, principalmente porque temos “de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra” que

expressam a busca pela justiça social e pela efetivação de direitos de cidadania, bem como “de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maioria, nem sempre concordantes com os ditames constitucionais”. (STRECK, 2017b, p. 117).

Nesse ponto, cabe ao Poder Judiciário não ceder ao ativismo e aos subjetivismos, que somente agravam a tensão já existente entre os Poderes do Estado. Em que pese o argumento recorrentemente evocado de que:

a concretização de direitos via Judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia, não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque diante das decisões judiciais concessivas de direitos, excetuadas, por óbvio, decisões de cunho ativista. (STRECK, 2017b, p. 223-224).

Seguramente existem diversos magistrados que se utilizam da autocontenção no intuito de manter uma saudável distância entre o direito e a política quando se está a tratar da análise judicial a respeito das políticas públicas, limitando-se apenas ao controle formal dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Cotidianamente convive-se com juízes que são “tipicamente ‘ativistas’, isto é, que consideram parte de seu papel institucional a possibilidade de alterar, remodelar, interromper ou mesmo criar uma política pública”, tais magistrados frequentemente cedem ao voluntarismo e ao solipsismo, o que, acaba agravando o atual problema brasileiro de uma alta taxa de judicialização individual da saúde. (COUTINHO, 2013, 191).

Os dados<sup>129</sup> sobre a judicialização da saúde no Brasil deixam evidente que a ampla maioria dos magistrados acabam se deixando levar por argumentos de cunho eminentemente moral para fundamentarem as suas decisões, e com isto, acabam desconsiderando completamente os fatores objetivos como a existência de políticas públicas de saúde e quaisquer déficits no orçamento público.

---

<sup>129</sup> Tendo em vista o Relatório “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, os argumentos mais frequentes para fundamentar as sentenças sobre judicialização da saúde são o direito à saúde, o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana. O direito à saúde corresponde à 87,57% dos fundamentos das sentenças, seguido do direito à vida, onde registra-se 53,50% e por fim o direito à dignidade da pessoa humana em que corresponde à 24,48% das fundamentações. Ainda, levando-se em consideração os julgados dos Tribunais das 5 Regiões da Federação, durante os anos de 2012-2013, verifica-se que mais de 70% dos recursos foram interpostos pelos Estados, considerando-se ainda o número de ações onde o autor desiste do pedido por morte ou outros fatores, significa dizer que a ampla maioria das ações de saúde são julgadas procedentes, sendo que, o objeto das ações totaliza 76,60% referindo-se a fornecimento de medicamentos. (ASENSI; PINHEIRO, 2005, p. 19-26).

Sempre que as atividades que são próprias do Estado-administração são satisfeitas pelo Estado-juiz, a administração pública é constrangida a prestar um atendimento médico e/ou uma assistência farmacêutica por força de uma ordem do Poder judiciário, esta transferência de poder reflete, inevitavelmente, nas políticas de saúde e no orçamento da saúde. Conseqüentemente, na medida em que decisões ativistas se proliferam no judiciário, o individualismo cresce proporcionalmente na sociedade, prejudicando cada vez mais a efetivação dos direitos sociais e a promoção da igualdade e da justiça social.

Qualquer atuação mais radical do Poder Judiciário, tem a capacidade de “não só criar novas crises com potencial desestabilizador da sociedade, como de desaguar num resultado contrário ao desejado, contribuindo para um incremento da crise de solidariedade”. (BAGGIO, 2008, p. 96). Assim, resta claro que qualquer confusão entre o que venha a ser uma adequada intervenção da jurisdição constitucional e a possibilidade de decisionismos por parte dos julgadores se caracterizaria como algo absolutamente antidemocrático. Ou melhor, “defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição”. (STRECK, 2017b, p. 228).

Por isso, ainda que se pretenda fazer a “opção pelos pobres”<sup>130</sup>, o ativismo judicial é prática que não se justifica dentro do constitucionalismo brasileiro, para tanto:

Convém lembrar que o direito, se quiser ser direito, tem de permanecer em diálogo com os problemas mais difíceis da filosofia prática. Diríamos que as normas judiciais não são ‘tratados de razão pura’, tampouco servem de declarações de amor para quem quer que seja. Seria trágico, porém, que fossem cascas vazias de legalidade e de regulações sem qualquer fôlego de vida e de impulso para a justiça social. (CANOTILHO, 2015, p. 34).

Ainda que o ativismo se dê no intuito da realização de princípios e de valores fundamentais, verifica-se a ocorrência de certas incompatibilidades entre a ideia de atuação judiciária e a de jurisdição constitucional.

Dentro da judicialização, ainda que se esteja a tratar de uma saúde especializada, não prevista no ordenamento jurídico brasileiro e essencial para a sobrevivência de quem a postula judicialmente, “o que queremos é aumentar a

---

<sup>130</sup> Para um melhor entendimento, vide o tópico “O direito dos pobres no ativismo judiciário” da autoria do Professor J. J. Gomes Canotilho, na Obra coletiva “Direitos Fundamentais Sociais”.



participação do Judiciário na garantia do direito à saúde, mas o que não queremos é transformar o juiz em médico ou gestor público”, ou tampouco transformá-lo em um filantropo social. (DALLARI, S. G., 2009b, p. 04).

O que se espera dos julgadores, em um contexto de Constitucionalismo Contemporâneo, é a realização de “uma jurisdição que sempre se mantenha atenta à necessidade de interpretar conflitos, fatos, normas, argumentos, enfim, tudo que chega à mesa do juiz para exame da decisão”, analisando-se o caso concreto, mas partindo sempre “dos compromissos constitucionais (principalmente os norteadores da construção da sociedade que se contratou construir) e para sua concreta realização” (BAGGIO, 2008, p. 104).

Nesse sentido, “o papel de juízes e tribunais ativos e bem-intencionados no campo dos direitos sociais ficaria, na melhor hipótese, restrito a medidas bem-intencionadas e pontuais”, pois sempre que este limite é ultrapassado a consequência é o ativismo judicial e o desrespeito à solidariedade constitucional. (COUTINHO, 2013, p. 192).

O ativismo judicial, baseado em decisões fundadas na moral deve sempre ser combatido, todavia, isso não significa que o julgador não possa ter um papel ativo na questão da judicialização da saúde:

Parece-nos inarredável que o juiz deva assumir um papel mais ativo na condução da demanda. Nesse sentido, deve formular dúvidas quanto ao receituário médico e, sendo necessário, solicitar o auxílio de profissionais especializados, no sentido de certificar-se da eficiência e segurança do tratamento requerido pela pessoa interessada. Se não há protocolos clínicos ou mesmo diretrizes terapêuticas estabelecidas, há necessidade de prova científica robusta que embase a postulação feita, o que, à evidência, não resta (sempre) atendido apenas mediante apresentação de receituário firmado pelo profissional de saúde que tem relação direta com o interessado. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 45-46).

Aliás, em se tratando de uma abordagem econômica do direito à saúde, o custo benefício do investimento em políticas públicas focadas no âmbito social do direito, como políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável, costuma ser bem mais satisfatório do que a mera distribuição de medicamentos<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Com isso, damos como exemplo o caso do Estado do Rio de Janeiro. Em 2007 onde foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que esta política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde. (BARROSO, 2007, p. 107).

Diante de um crescimento cada vez maior da judicialização do direito à saúde é necessário que os aplicadores do Direito mantenham uma ação cada vez mais dinâmica. A “autolimitação funcional” do Poder Judiciário jamais pode ser desconsiderada, entretanto, esta autolimitação deve sempre ser observada em conjunto com a sua “legitimação para atuar, de modo proativo no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 35-36). Ou seja, sempre que verificada a existência de uma política pública aplicável ao caso concreto o judiciário deve se autoconter, mas, verificada a ausência de políticas públicas necessárias, o primeiro ato do Judiciário deve ser o de cobrar dos Poderes Políticos atitudes adequadas, ainda que este não seja o objeto específico da ação judicial que está sendo analisada.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha tomado diversos posicionamentos absolutamente políticos nos últimos tempos<sup>132</sup>, em se tratando de judicialização da saúde tem se observado uma certa evolução na jurisprudência do Tribunal. No decorrer dos anos, a jurisprudência do Supremo, sobre judicialização da saúde vem passando por uma linha evolutiva<sup>133</sup>, na qual se passou do

---

<sup>132</sup> Desde 2007, o Supremo Tribunal Federal vem ultrapassando o limite existente entre Direito e Política, com o julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712, que tratava do direito de greve no serviço público. A partir de então, vem se tornando um Tribunal predominantemente político, apenas no ano de 2016 destacam-se as seguintes decisões: a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância, ou relativização da presunção de inocência (HC n.º 126.292 e ADC n.º 43 e n.º 44); a suspensão da posse de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro chefe da Casa Civil (MS n.º 34.070 e n.º 34.071); a suspensão do mandato do Deputado Federal Eduardo Cunha (AC n.º 4.070); o tráfico privilegiado, que deixou de ser considerado como um crime hediondo (HC n.º 118.533); o aborto até o terceiro mês de gestação foi descriminalizado (HC n.º 124.306); Renan Calheiros foi liminarmente afastado da presidência do Senado e depois apenas da linha sucessória da presidência da República (ADPF n.º 402); o Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre as 10 medidas de combate à corrupção voltou à Câmara dos Deputados para reiniciar o seu trâmite (MS n.º 34530). (Fonte: Retrospectiva 2016 - Os 10 julgamentos mais importantes do Supremo Tribunal Federal no ano, segundo o ministro Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2016-parte.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2017.)

<sup>133</sup> Mais especificamente, sobre a linha evolutiva do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal, vejamos: entre os anos de 2000 até 2002, a tese dominante era a da absolutização da saúde; posteriormente em 2007, uma nova fase da jurisprudência teve início, a qual se passou a reconhecer a tese jurídica sobre os gastos públicos; em 2009 foi realizada a audiência pública nº 04 do Supremo Tribunal Federal sobre a saúde, a partir da qual se originou a Recomendação nº 31/2010 e a Resolução nº 107/2010, ambas do Conselho Nacional de Justiça; e de 2010 em diante o posicionamento do Supremo passou a estabelecer critérios para a fundamentação de concessões judiciais de saúde. Fonte: “Oficina de estudo de Caso em Direito e Saúde para Defensores Públicos”. Defensoria Pública do Estado do Pará. Semana do Defensor. 16 e 17 de maio de 2013. Casos analisados: RE 273834 RSRE n. 273834/RS, RE n. 198265/RS e pela Petição n. 1246/SC, ADPF 45, STA 91/AL, SS 3158/RN, SS 3205/AM, AP Saúde n. 04/STF, STA 175/CE.

entendimento de que o direito à saúde era absoluto por ser uma consequência indissociável do direito à vida, para um reconhecimento de que os custos da saúde não devem ser desprezados e, atualmente, caminha em direção da necessidade de se estabelecer critérios a serem observados pelos demais magistrados nos casos de concessão judicial do direito à saúde.

Devido ao acentuado crescimento das demandas judiciais de saúde, bem como a aumento das decisões eivadas de subjetividade, o Conselho Nacional de Justiça vem criando diversos projetos<sup>134</sup> na tentativa de melhorar a gestão dos processos judiciais de saúde e aperfeiçoar os julgamentos, com o intuito de tornar o ato de julgar uma atuação coordenada e estratégica entre o judiciário e os órgãos políticos responsáveis pela elaboração de políticas de saúde, bem como, na tentativa de realizar o direito à saúde observado a solidariedade constitucional e não apenas gerando justiça no âmbito dos casos concretos.

Tendo por base a atual política judiciária do Conselho Nacional de Justiça, percebe-se claramente a escolha por uma melhor estruturação das estratégias públicas de saúde, em um sentido se priorizar a saúde como uma política de Estado, bem como, de afastar o avanço da saúde excessivamente medicalizada e curativa.

Quando a solidariedade não é observada pelo julgador como um princípio fundamental aplicado à efetivação da saúde o risco de uma interferência dos juízes nas políticas públicas sociais é potencial e jamais pode ser considerada como inofensiva. Isso porque, existe uma “possibilidade real de o Judiciário modificar, para pior, programas que embora imperfeitos, foram concebidos e implementados por especialistas”, ou, em uma visão mais pessimista, de que “juízes voluntaristas podem estar privilegiando aqueles que, por terem recursos para pagar advogado, ‘furam a fila’ das políticas públicas geridas pelo Executivo”. (COUTINHO, 2013, p. 192).

A proteção aos direitos fundamentais apresenta duas faces, quais sejam: uma face negativa, onde o Poder Judiciário deve proteger contra atos e abusos dos demais poderes; e uma face positiva, a jurisdição constitucional, por meio da

---

<sup>134</sup> Dentre os projetos criados pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito da judicialização da saúde, citamos: o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, os Comitês Estaduais de Saúde, as Jornadas em Direito e Saúde, a proposta de capacitação de juízes pelas Escolas de Magistratura Estaduais, a emissão de Recomendações e de Resoluções, bem como, a criação de varas especializadas em direito e saúde.

aplicação, interpretação e integração dar a maior eficácia possível (STRECK, 2017b). Assim, considerando-se a face positiva dos direitos fundamentais diante do judiciário, os direitos sociais só obterão sua máxima eficácia (concretizando uma real redução das desigualdades) se forem aplicados e interpretados em conjunto com a solidariedade.

Junto das ações necessárias e dignas, percebe-se um aumento crescente das decisões extravagantes e baseadas no emocional, principalmente no que diz respeito às ações ordinárias de medicamentos e de tratamentos médicos, onde a continuidade das políticas públicas existentes é colocada em risco e a atividade administrativa é desorganizada em prol da tutela jurisdicional individual. Por certo, quando se vive em uma democracia “quem faz escolhas é o Poder Executivo, e não o Judiciário”, principalmente quando se trata de direitos fundamentais sociais, a discussão central persiste no fato de que “as políticas públicas ou, se quisermos, as promessas incumpridas da Constituição não estão à disposição do Poder Judiciário”. (STRECK, 2018, p. 480). Já que, “o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas” (DWORKIN, 2014b, p. 271).

Com isso, percebe-se que:

À luz de uma leitura mais substancialista, a cidadania sofre revezes com as posturas *self-restraining* dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, que, ainda nesta quadra da história, por vezes, adotam posturas exegesisistas, fazendo valer regras desindexadas dos princípios constitucionais. (STRECK, 2017b, p. 231).

Ou seja, quando uma questão complexa como a judicialização da saúde é resumida em regras ordinárias como a mera objeção entre a reserva do possível e o mínimo existencial, o tema central da saúde (como direito social que é) acaba ficando em segundo plano, sendo objetificado e prejudicando um real desenvolvimento da efetividade do direito.

Havendo políticas públicas, é necessário que o Judiciário acate as legítimas escolhas dos legisladores e utiliza-se da autocontenção para evitar decisões políticas sobre direitos fundamentais, bem como, que exista respeito aos precedentes, à integridade, à segurança jurídica, à isonomia e que, as normas sejam interpretadas em conjunto com os princípios jurídicos, dentro do contexto constitucional.

Ainda que as políticas públicas sejam o caminho mais adequado para a efetivação da saúde, a judicialização não pode ser vista apenas como uma vilã, pois, desde que observados os limites da jurisdição constitucional é possível que o judiciário desempenhe um papel bastante útil e importante para a realização das promessas constitucionais. A dificuldade não está apenas na concessão de liminares na área da saúde, o problema surgiu quando juízes passaram a confundir judicialização com ativismo, assim, com o ativismo sendo preponderante, o Estado tende a deixar de elaborar políticas públicas (seja por comodidade ou por escassez de recursos) para conseguir atender as determinações judiciais, o que, acaba enfraquecendo a cidadania.

### **3.3 Desvelando a problemática: a solidariedade como proposta jurídico-política às teses tradicionais aplicadas à judicialização da saúde**

Com base no exposto ao decorrer desta pesquisa, pode-se constatar que atualmente a grande maioria das decisões sobre judicialização da saúde se encontram estagnadas entre duas premissas teóricas que se opõe conceitualmente e por vezes reduzem a complexidade da questão. Assim, tendo em vista uma perspectiva hermenêutica, torna-se indispensável a abertura da discussão sobre novas possibilidades de diálogo que priorizem as peculiaridades do direito à saúde dentro da atual ordem democrática.

Casos difíceis como os que envolvem a judicialização da saúde, normalmente exigem do juiz “um maior exercício de interpretação, reflexão e ponderação no momento de proferir sua decisão”, pois a solução para a questão, certamente, não será encontrada apenas através da “simples aplicação de uma regra jurídica previamente estabelecida pela instituição competente”. (ZEBULUM, 2017, p. 16).

Apenas aplicar a teoria da reserva do possível e negar o fornecimento de uma prestação de saúde por esta ser dispendiosa, ou a teoria do mínimo existencial e conceder qualquer medicamento ou tratamento médico por este ser necessário à sobrevivência do paciente não solucionam o problema da judicialização, tampouco efetivam a promessa constitucional de saúde universal e igualitária para todos. É necessário que as decisões se fundamentem em mais do que meras regras comuns, que os princípios constitucionais sejam respeitados e utilizados pelos juízes e

tribunais no sentido de se obter verdadeiramente uma decisão justa no campo da saúde.

No momento em que um julgador passa a aceitar a justiça como integridade, este deve examinar qual medida a ser tomada poderá prejudicar menos a verdadeira realização da justiça. Isto, definitivamente, não significa apenas obedecer aos precedentes, mas sim, que as decisões de todos os processos sob os cuidados daquele juiz ou tribunal sejam tomadas a partir dos mesmos critérios de justiça. (DWORKIN, 2014b)<sup>135</sup>.

Em situações que envolvem a judicialização da saúde, efetivamente, a forma mais acertada de se decidir é a partir de uma interpretação baseada em princípios, assim, nada mais equilibrado do que uma apreciação judicial fundada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Isso porque um verdadeiro enfrentamento ao crescente volume de processos judiciais postulando a efetivação de uma saúde individual e curativa só se dará através de interpretações que mantenham coerência e equilíbrio entre ambos princípios fundamentais.

O fenômeno da judicialização da saúde apresenta dois aspectos nitidamente distintos, já que: por um lado, as ordens judiciais de pagamento e/ou bloqueio de valores comprometem uma parcela significativa do orçamento para atender demandas específicas e individualizadas de alguns pacientes; por outro, podem representar a única alternativa para preservar ou prolongar a vida de certos pacientes.

Com isso, observa-se que quando se trata do direito fundamental social à saúde, há um verdadeiro dilema que perdura sobre as reais funções do Estado social, qual seja:

se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo de prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a autoajuda) ou se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão ótimo nesta seara. (SARLET, 2012, p. 328).

---

<sup>135</sup> “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.” (DWORKIN, 2014b, p. 291).

Seguidamente o Poder Executivo utiliza-se do argumento da falta de recursos<sup>136</sup>, consubstanciado na teoria da reserva do possível, para justificar o não atendimento de prestações e de serviços de saúde. Bem como, os cidadãos que procuram o judiciário, empregam habitualmente as premissas do direito à vida e da dignidade humana, corporificadas na teoria do mínimo existencial, para defender o entendimento de que o Estado estaria obrigado a garantir incomensuráveis prestações de saúde.

Tais argumentações transmitem a ideia talvez equivocada de que o julgador estaria limitado a decidir fundando-se em uma destas duas teorias tradicionais. Todavia, tais premissas teóricas, embora inicialmente pareçam legítimas, em uma análise mais aprofundada acabam por contrariar a ordem constitucional democrática, na medida em que justificam uma interpretação completamente restritiva do direito fundamental à saúde, baseando-se unicamente em razões econômicas, ou então, por permitirem uma total e despreocupada individualização de um direito essencialmente comprometido com a justiça social.

A corriqueira contraposição entre a teoria da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial é demasiadamente limitada e reducionista, cabendo, dentro de um trabalho que tem por base metodológica a hermenêutica-fenomenológica, implementar uma leitura que fuja do senso comum dos juristas, propondo um novo olhar das fundamentações sobre a saúde judicializada.

Tendo em vista que a postura do judiciário deve manter um equilíbrio, fundamentado nas premissas constitucionais, uma questão que parece essencial para auxiliar no problema existente entre a excessiva judicialização individual da saúde e a solidariedade é estabelecer qual a atribuição que este Poder deve desempenhar na busca de uma realização concreta dos direitos, bem como, determinar o quanto o judiciário pode atuar em prol de uma autêntica reação de solidariedade.

Em busca de uma verdadeira reação de solidariedade da atividade jurisdicional cabe a adoção de posturas mais alinhadas com a corrente substancialista<sup>137</sup>, visto que a adoção de posturas sistêmicas e de posturas

---

<sup>136</sup> Considerando, principalmente o já exposto no capítulo 2, item 2.3 desta pesquisa.

<sup>137</sup> Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um verdadeiro intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo,

procedimentalistas pelos juízes e tribunais representam uma verdadeira “incompatibilidade lógica com a possibilidade de uma prestação jurisdicional mais ativa e comprometida com a realização de valores ou princípios fundamentais”. (BAGGIO, 2008, p. 77).

Nesse sentido, Lenio Streck esclarece que:

quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Quando clamo por um “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. (STRECK, 2003, p. 281).

No momento em que a saúde foi positivada na Constituição Federal como um direito fundamental social, o Estado passou a ter o dever de satisfazê-la de forma igualitária para todos os cidadãos, sem que se faça quaisquer discriminações. Tal argumento pode levar ao entendimento equivocado de que o Estado estaria obrigado a arcar com qualquer tipo de prestação de saúde solicitada por cada um dos cidadãos, todavia, a saúde não configura um direito líquido e certo aos diversos medicamentos e/ou aos tratamentos médicos escolhidos de forma discricionária pelo requerente.

Tendo em vista que o constituinte de 1988 atribuiu uma posição de destaque, no texto constitucional, ao direito à vida, qualificando-o como um direito quase que absoluto, entende-se que uma negativa arbitrária ao fornecimento de serviços de saúde acabaria por violar tal direito fundamental, “por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário”. (SARLET, 2012, p. 329). Já no tocante à reserva do possível, quando um pedido judicial esbarra em limites jurídicos e/ou materiais é possível, principalmente quando se trata dos limites materiais, que se possa estar “sacrificando a própria efetivação da solidariedade social, compreendida também sob o aspecto da repartição das carências” (BAGGIO, 2008, p. 93).

Assim, afirmar que todos os cidadãos brasileiros seriam efetivamente titulares de um direito subjetivo individual à ilimitadas prestações de saúde, que devem ser

---

especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política (STRECK, 2014b, p. 163).



sempre fornecidas integralmente pelo Estado, acabaria por configurar um verdadeiro excesso na aplicação do direito e não uma plena efetivação deste de forma compatível com as demais premissas constitucionais que precisam coexistir de maneira harmoniosa.

Quando se trata de um direito como a saúde, de cunho prestacional, a proporcionalidade é um princípio que sempre precisa ser observado, principalmente, como uma espécie de parâmetro para se obter um efetivo controle dos atos do poder público, principalmente do judiciário, ou seja, é necessário que se observe uma noção:

da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também, não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013b, p. 33)

Em um país que possui alarmantes desigualdades sociais e econômicas, que se perpetuam desde sempre, para que uma prestação jurisdicional venha a ter a mínima pertinência com os preceitos constitucionais jamais pode se apoiar unicamente em dois pressupostos teóricos tão divergentes e tão triviais como as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

Deste modo, “medidas intervencionistas capazes de reduzir o enorme fosso social presente na sociedade brasileira” devem passar por uma aposta no acolhimento do papel transformador do Estado, deixando “de ser ordenador (modelo liberal) e promovedor (social) para assumir a função de transformar as estruturas sociais”, num sentido de verdadeiramente ser observada a solidariedade constitucional nas intervenções do judiciário para a efetivação dos direitos sociais. (STRECK, 2017b, 234).

O Poder Judiciário possui uma parcela de relevância bastante significativa na reação de solidariedade que se pretende para os direitos sociais, todavia, “não pode estar na condição de um superpoder, supostamente infenso aos influxos da modernidade contemporânea e ungido de onisciência para solver demandas sociais”, devendo atuar proporcionalmente com os demais poderes e com os princípios constitucionais. (BAGGIO, 2008, p. 87).

É extremamente necessário que quando da análise dos argumentos levantados pelas partes litigantes em um processo judicial que envolva prestações

de saúde os julgadores considerem as mais diversas características do caso concreto. Considerando a solidariedade jurídico-normativa como possibilidade de enfrentamento, tal análise deve se dar em um sentido de ponderar e refletir sobre a real necessidade do requerente (para além do receituário médico) e sobre a concreta possibilidade do Estado (para que as políticas de saúde já existentes não sejam prejudicadas).

Tendo em conta a questão da judicialização da saúde, onde o objeto do direito não pode jamais ser estabelecido sob uma forma geral e/ou abstrata, somente uma análise mais específica “da situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta (adequada à Constituição)”. (STRECK, 2017b, p. 215).

No intuito de se ter uma verdadeira prestação jurisdicional, é importante que jamais se abandone o norte elementar da solidariedade, em razão de que a exequibilidade das decisões se encontra sempre limitada pela possibilidade de realização material das ordens judiciais, bem como, porque é preciso considerar “o outro lado da moeda na manutenção e na busca da realização efetiva de um mundo mais solidário – porque feito, esse mundo, também de algumas carências intransponíveis”. (BAGGIO, 2008, p. 91).

Realmente, a “indevida invocação, pelos tribunais, dos argumentos sustentados na reserva do possível”, bem como, a possibilidade de se estabelecer diferentes perspectivas sobre o que venha a ser considerado como um mínimo existencial, acabam prejudicando o entendimento de que a jurisdição constitucional pode ser aplicada para a realização dos direitos fundamentais sociais. (STRECK, 2017b, p. 236).

Limitar a fundamentação de casos de judicialização da saúde à mera análise das teses tradicionais da reserva do possível e do mínimo existencial é reduzir demasiadamente a complexidade teórica e prática do direito à saúde (que é originalmente um direito de conceito complexo e amplo). Pragmatismos não combinam com a efetivação da saúde, questões financeiras unicamente não podem limitar o direito inestimável à uma vida saudável, assim como a mera alegação de estar acometido de uma moléstia, sem a comprovação da real necessidade (médica e econômica), não dá ao requerente o direito de prejudicar políticas públicas já

existentes para satisfazer um pedido de saúde universal (fora dos padrões) custeada amplamente pelo Estado.

Ainda que se constate a necessidade de respostas mais ativas por parte do Poder Judiciário e mesmo que tais atitudes reflitam em reações voltadas para a solidariedade, “há de se proceder com redobrada cautela”, sob pena de que “a banalização de um agir intervencionista”, apesar de supostamente solucionar as crises de efetividade dos direitos e de solidariedade, possa acabar gerando uma verdadeira crise de legitimidade. (BAGGIO, 2008, p. 95-96).

Dentro das possibilidades de novas abordagens interpretativas para a resolução de casos de judicialização da saúde, aponta-se para a possibilidade de que a resposta venha de forma diversa da decisão judicial<sup>138</sup>, através de diálogos institucionais<sup>139</sup>, como por exemplo através da composição e da conciliação. Tais alternativas, além de respaldarem-se na solidariedade constitucional, são opções válidas para combater a questão do custo da judicialização para as políticas

---

<sup>138</sup> O principal exemplo a ser exposto seria o caso de Lages (SC). Em 1997, 25 municípios do entorno da cidade de Lages, que se localiza a 200 quilômetros de Florianópolis, uniram-se para encontrar melhores formas de administrar os recursos para a saúde, frequentemente afetados pela judicialização. Os prefeitos e gestores dos municípios perceberam que, isoladamente, era mais complicado enfrentar as decisões judiciais. Por meio do consórcio intermunicipal, criou-se um padrão comum de atuação, que evitou sobreposições de pedidos e racionalizou gastos e investimentos. Em 2012, o consórcio lançou o Núcleo de Conciliação de Medicamentos para atender solicitações de fármacos que ainda não foram pedidos por via judicial. Em um espaço cedido pela prefeitura de Lages, uma equipe multidisciplinar conversa com pacientes interessados em mover ações judiciais, sugere o uso da versão genérica dos medicamentos que solicitaram e propõe a substituição ao médico que fez a prescrição, antes do pedido seguir pelos caminhos judiciais. Segundo os pesquisadores, “a integração entre os órgãos da saúde (municipal e estadual), pacientes, Defensoria Pública, advocacia pública e Ministério Público levou a uma redução dos conflitos judiciais”. Fonte: ANSENI, Felipe; PINHEIRO, Roseni. “Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC)”. **Revista de Direito Sanitário**. v.17. n.2. São Paulo: USP, p. 48-65, 2016.

<sup>139</sup> Após o exemplo positivo de Santa Catarina, outros projetos começaram a ser desenvolvidos pelo país: Em São Paulo, uma iniciativa anunciada em dezembro de 2016 procura promover a interação entre os atores envolvidos nas solicitações judiciais de medicamentos. A Secretaria da Saúde, o Tribunal de Justiça, o Ministério Público e a Defensoria Pública estaduais celebraram um termo de cooperação que estabelece um protocolo de fluxos de serviços de triagem e orientação farmacêutica a usuários do Sistema Único de Saúde; No final no ano e 2016, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, em parceria com o Hospital Sírio-Libanês, anunciaram um projeto para ampliar o uso de informações baseadas em evidências científicas pelos magistrados e aperfeiçoar o julgamento das demandas judiciais. O acordo prevê a expansão dos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATS), cuja tarefa é auxiliar tribunais de todo o país por meio de pareceres e notas técnicas sobre medicamentos; e Em setembro de 2016, o Conselho Nacional de Justiça aprovou uma resolução que dispõe sobre a criação e manutenção dos Comitês Estaduais de Saúde, já estabelecidos em alguns estados, com a função de discutir questões de saúde e auxiliar o trabalho de magistrados. Um dos comitês mais atuantes é o de Minas Gerais, formado por membros do poder judiciário estadual e federal e representantes de planos de saúde, do Ministério Público, das Santas Casas e de universidades, entre elas a Federal de Minas Gerais (UFMG).

públicas, principalmente quando se trata do impacto nos municípios, onde há casos em que uma única ação pode comprometer todo o orçamento da saúde de uma cidade de pequeno porte.

Quando se trata da efetiva realização de direitos sociais de cunho eminentemente prestacional “o que importa é fazer todo o possível (o máximo possível) para a realização do direito” dentro das disposições exigidas pela solidariedade social e não deixando de observar, por óbvio, a razoabilidade do pedido. (BAGGIO, 2008, p. 92).

Sem o intuito de esgotar o tema, mas apenas com o objetivo de propor uma análise da aplicação prática da solidariedade como mais do que apenas um discurso argumentativo, apresenta-se duas situações-exemplos<sup>140</sup> hipotéticos de casos habituais em que a saúde é judicializada e de como a solidariedade jurídico-normativa pode desvelar o impasse causado pela judicialização.

---

<sup>140</sup> Para fins da elaboração dos exemplos hipotéticos desta pesquisa, levou-se em consideração, duas situações-exemplo de temas frequentemente discutidos no judiciário, que versam sobre a temática da seguridade social e que permitem uma melhor visualização da aplicação da solidariedade como um princípio orientador dos posicionamentos judiciais sobre a efetivação de direitos que demandam prestações do Estado, vejamos:

a) O primeiro seria o caso das ações que postulam aposentadorias de trabalhadores rurais em regime de economia familiar, nos moldes do art. 55, § 2, da Lei n. 8.213/91O tema foi objeto de análise no Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1664 que julgou constitucional o dispositivo de lei questionado. Assim, tendo como norte o princípio fundamental da solidariedade, seria legítima tal situação? Acreditamos que a resposta seja positiva, vez que, “verifica-se, primeiro, que apesar de envolvidos outros princípios e mandamentos constitucionais na ‘determinação’ da edição da norma questionada, igualar os segurados urbanos e rurais e manter os trabalhadores hipossuficientes que já haviam laborado por longos anos no campo, sem recolhimentos de contribuições previdenciárias propriamente ditas, com a possibilidade de aproveitamento de tal tempo, sem novos ônus, mormente aqueles que exerceram suas funções em condições mais desfavoráveis economicamente, é pura expressão de um princípio maior de solidariedade social [...] Os eventuais excessos postulatórios, ou mesmo fraudes devem ser resolvidos no âmbito processual e criminal, e de forma alguma podem justificar a desconsideração da realização prática desse princípio maior.” (BAGGIO, 2008, p. 119-120);

b) Outro caso seria a questão dos critérios objetivos de “miserabilidade” para fins de configuração da situação de merecimento do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF, onde a Lei n. 8.742/93, em seu art. 20, § 3º, estipulou o critério objetivo de rendimento familiar de no máximo ¼ *per capita* do valor do salário mínimo vigente, considerado como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1232. Assim, se questiona se uma decisão que limita a interpretação de tal critério expressaria uma preocupação solidária para com toda a coletividade? Neste caso, entende-se que o Supremo Tribunal Federal não observou o princípio da solidariedade “não há como o Estado não intervir equilibrando minimamente as condições sociais desfavoráveis em um país como o Brasil. [...] A tão-só possibilidade de que uma grande massa de excluídos sociais, seja, agora, também ‘excluídos jurídicos’, somente porque foram ultrapassados, em seu rendimento familiar mensal, alguns reais de um limite arbitrariamente assinalado, ou recomendado pela lei, já dá conta de que é impossível tal imposição válida somente sob este prisma. Fechar totalmente a porta à interpretação judicial sobre quais condições reais de vida poderiam configurar um estado de ‘miséria’ passível de socorro estatal é não atentar ao dito valor ou princípio da solidariedade.” (BAGGIO, 2008, p. 132).

Inicialmente a primeira situação-exemplo é o caso dos medicamentos de alto custo para o tratamento de doenças raras, como é o caso dos medicamentos para tratamento das mucopolissacaridoses<sup>141</sup> que não são abarcados pelas políticas de fornecimento de medicamentos do Sistema Único de Saúde e se enquadram entre os medicamentos mais caros do mundo. Imaginar uma decisão que imponha ao Poder Público o fornecimento de tais medicamentos de forma indiscriminada e que se fundamente unicamente no argumento de se garantir um mínimo existencial aos pacientes não nos parece possível quando se pretende considerar o princípio da solidariedade como um argumento da decisão jurisdicional. Tal julgado, além de esbarrar claramente em limites materiais (custo efetivo da decisão judicial) e em limites judiciais (competência e direcionamento de políticas públicas) do Estado, acaba sacrificando a própria efetivação da solidariedade social, que por vezes pode ser compreendida sob o aspecto da repartição das carências sociais. Assim, uma interpretação judicial baseada em princípios e que considere a solidariedade jurídico-normativa não pode autorizar o fornecimento de tais medicamentos, antes de analisar o caso concreto, a real eficiência dos medicamentos postulados, a sua fundamentalidade para o tratamento, bem como a necessidade econômica de quem o postula.

Por óbvio não se está a argumentar que a realização da solidariedade justificaria uma negativa generalizada no deferimento do fornecimento de medicamentos de alto custo, pois utilizar-se da “possibilidade de abuso para refutar a necessidade de direitos individuais genuínos equivale a servir-se do fascismo ou do comunismo, que proclamam sua autoridade em nome da ‘solidariedade social’.” (DWORKIN, 2009, p. 85-86).

Em continuidade, a segunda situação-exemplo é o caso da judicialização de medicamentos para o tratamento da Hepatite C<sup>142</sup>, onde há uma política pública eficiente, mas que não atende a todos os portadores da doença de forma isonômica, mas apenas os casos mais graves, ou seja, a judicialização, geralmente apenas se

---

<sup>141</sup> Vide nota de rodapé n. 33 e 37.

<sup>142</sup> Até março de 2018, o Governo Federal contava com Protocolo para o tratamento da Hepatite C que apenas garantia medicamentos à pacientes com hepatite crônica e fibrose hepática, aos pacientes em fases iniciais da doença não era ofertado tratamento medicamentoso gratuito a não ser que tal tratamento fosse postulado judicialmente. (Fonte: Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42807-novo-protocolo-garante-tratamento-de-hepatite-c-para-todos-os-brasileiros>. Acesso em: 20 out. 2018).

dá após uma negativa administrativa arbitrária. Nestes casos, quando o Poder Judiciário concede o pedido de medicamentos, parece-nos que não está apenas considerando a teoria do mínimo existencial ou a questão dos custos do tratamento, mas também, a solidariedade constitucional (ainda que as decisões não o façam expressamente). Isto porque, na medida em que uma interpretação fundada em princípios autoriza a ampliação de uma política pública já existe, não apenas sob o argumento da defesa da vida e da dignidade dos pacientes, mas também sob a justificativa de que fornecer o tratamento médico aos pacientes com um grau mais leve da doença poderia gerar economia para o Estado (já que o tratamento é mais curto e mais eficiente), percebe-se que a premissa constitucional da solidariedade jurídico-normativa foi observada em um contexto jurídico e político verdadeiramente transformador.

Considerando-se as hipóteses exemplificativas aqui expostas, uma verdadeira realização da solidariedade apenas se daria a partir da real percepção do que “é razoavelmente devido e possível, a partir de um mínimo de boa vontade política para com os postulados constitucionais desse valor, forçada a vir à tona por uma legítima intervenção judicial”. (BAGGIO, 2008, p. 93).

Sobre a relação entre as teses tradicionais da reserva do possível e do mínimo existencial e sua relação com a realização da solidariedade, ainda que se reconheça as limitações apresentadas por tais teses para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, “há que questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos”. (SARLET, 2012, p. 290).

A solidariedade seja como um valor, seja como um normativo constitucional precisa sempre ser considerada de modo a reorientar a compreensão do direito à saúde e das políticas públicas de saúde para uma percepção que consiga ir além do mínimo existencial e/ou da reserva do possível. Dentro de um Estado Democrático de Direito há limites que devem ser observados, assim, a solidariedade surge tanto como limitadora da prestação jurisdicional, quanto como instrumento para embasar as interpretações judiciais e a correta concretização dos direitos.

As premissas teóricas tradicionais aplicadas à judicialização da saúde, sozinhas, já não servem como base para a fundamentação de decisões concessivas ou denegatórias de prestações de saúde. Passados trinta anos da

constitucionalização do direito à saúde, não é aceitável que este ainda seja uma promessa não cumprida da modernidade, bem como não é aceitável que este deixe de cumprir o seu papel (como direito social) de reduzir as desigualdades e promover a justiça social. Assim uma interpretação judicial fundada em princípios, mais precisamente na solidariedade, onde o juiz deixe de ser o protagonista e os postulados constitucionais passem a ter o papel de destaque que merecem, nos parece ser a resposta para o enfrentamento da excessiva individualização individual da saúde.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na tentativa de ponderar sobre o problema proposto da excessiva judicialização individualizada da saúde, buscou-se desenvolver no decorrer da pesquisa, uma perspectiva teórica pela qual fosse possível refletir sobre uma atividade jurisdicional focada na resolução das promessas da modernidade, sem deixar de observar os objetivos da República brasileira de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em consequência do problema de pesquisa inicialmente apresentado, a hipótese foi estabelecida da seguinte maneira: as implicações dos direitos sociais dentro do Constitucionalismo Contemporâneo e as incompreensões (por parte da sociedade e do Estado) sobre o direito fundamental à saúde tendem a prejudicar a correta efetivação das políticas públicas de saúde, na medida em que a judicialização, devido à crise institucional, tende a se intensificar e a ser dominada pelo ativismo judicial, bem como, a solidariedade jurídico-normativa acaba não sendo observada como teoria capaz de desvelar novos horizontes de compreensão. Com base nisso, o objetivo geral da pesquisa apontou para o fato de o Brasil encontrar-se em uma crescente onda de judicialização individualizada do direito à saúde, basicamente focada em um aspecto curativo, onde muitas vezes a solidariedade constitucional não é observada e a realização do direito acaba gerando uma ampliação das desigualdades.

Então, no sentido de atingir os objetivos específicos delineados na introdução, o caminho percorrido pela pesquisa foi dividido em três capítulos:

No primeiro capítulo, partindo de uma linha mais descritiva, passou-se a delimitar o problema, onde constatou-se que após décadas de absoluto descaso o constituinte de 1988 elevou a saúde a direito fundamental e a dever do Estado. Considerando-se esse estado d'arte, a saúde apesar de ineditamente constitucionalizada como um direito de todos passa por diversos dilemas que comprometem a sua correta efetivação. A questão social incorporada pela Constituição brasileira trouxe consigo a súbita alteração de um Estado mínimo para um Estado intervencionista, some-se isso ao longo período em que o país foi governado por regimes autoritários e a situação de baixa constitucionalidade praticamente se auto explica.



Assim como a grande maioria dos direitos fundamentais, a saúde constitui uma das promessas da modernidade que ainda não foi plenamente cumprida, o que, de fato, justifica a intensa judicialização sobre o tema. Partindo da análise de alguns dados trazidos por diversos pesquisadores, pode-se constatar que a judicialização em matéria de prestações de saúde vem crescendo a cada ano e comprometendo progressivamente parcelas significativas do orçamento público da saúde, ainda, demonstrou-se que tal judicialização demonstra uma face eminentemente individualizada e focada na realização de uma saúde curativa, o que, em certo ponto contraria os postulados constitucionais, tanto de solidariedade, quanto da própria efetivação deste direito fundamental social.

A questão relativa aos medicamentos de alto custo, não previstos nas listas do Sistema Único de Saúde e não aprovados pela Agência nacional de vigilância sanitária ajudou a evidenciar a relação entre solidariedade e individualismo presente na judicialização da saúde, pois trata-se de uma situação individual que pode colocar em risco a assistência global da saúde para a sociedade como um todo.

Na medida em que se estabelece uma correta diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial constata-se que a busca pela efetivação da saúde através do judiciário é plenamente aceitável, principalmente quando se considera o contexto social e democrático estabelecido pela Constituição brasileira e o deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. Nesse sentido, constata-se que além de aceitável, observados os limites constitucionais, a judicialização da saúde tem uma face positiva, uma vez que algumas políticas de saúde existentes hoje só surgiram a partir da pressão advinda de uma intensa judicialização.

Evidentemente, o grau de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, necessariamente, depende do nível de realização das promessas entabuladas no texto constitucional. Nesse sentido, as posturas discricionárias e ativistas dos julgadores surgem como potencializadoras do problema central, visto que, decisões evitadas de julgamentos morais, apesar de parecerem justificáveis em alguns casos, acabam comprometendo todo o sistema democrático e estimulando a litigância individualizada.

Observada a incidência de um alto índice de judicialização da saúde e de decisões discricionárias por parte do Poder Judiciário, resta evidenciada a crise de

paradigmas do Direito brasileiro, consubstanciada em uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade, bem como, em uma verdadeira crise de solidariedade, que compromete a realização dos objetivos fundamentais da República brasileira, acentua o individualismo e se potencializa com o esvaziamento das instituições responsáveis por promoverem a solidariedade.

No caminho para responder o problema, o segundo capítulo buscou apresentar a solidariedade como um projeto político-jurídico-constitucional a ser aplicado à saúde pública, abordando a solidariedade em sua face jurídico-normativa e como um argumento capaz de enfrentar os impasses causados pela judicialização individualizada da saúde.

A partir de uma despreziosa retomada histórica, constatou-se que embora a solidariedade seja comumente considerada como sinônimo de um valor moral, sua origem é jurídica e supera até mesmo a fraternidade, começando a se desenvolver desde a França iluminista, despontando como princípio a partir do segundo pós-guerra e se consolidando com a expansão do movimento socialista. Para tanto, se verificou a importância da institucionalização da solidariedade para além de uma consciência moral dos indivíduos, em um sentido de que uma ideia normativa mais abrangente sobre a solidariedade pode possibilitar alternativas para os problemas sociais da sociedade brasileira.

O constituinte de 1988 trouxe a solidariedade como um princípio fundamental desde o primeiro texto do projeto de Constituição, todavia, ainda que tal previsão expressa não existisse, meramente o fato do Brasil ser um Estado Democrático de Direito já exige atitudes solidárias e justas por parte do Estado. De fato, a garantia de que as relações sociais sejam justas e baseadas nos princípios constitucionais é a base do Constitucionalismo Contemporâneo, por isso, buscar o equilíbrio entre liberdade e igualdade através da aplicação do princípio da solidariedade é tão importante.

Constatada a existência de uma verdadeira crise de solidariedade no Estado brasileiro, o que se verificou foi que unicamente constitucionalizar a solidariedade sem torná-la jurídica e politicamente vinculante não é o suficiente para que ela venha a surtir seus efeitos normativos na sociedade. É necessário que o Estado promova políticas que ajudem a disseminar a ideia de um agir solidário entre os

cidadãos, bem como, que o princípio constitucional da solidariedade seja sempre observado no ato da efetivação dos direitos fundamentais.

Com isso, expressou-se a importância que os órgãos do próprio Estado possuem na realização da solidariedade jurídico-normativa, para que não venham a fomentar o individualismo, ainda que sob o pretexto de fazer o bem e defender a saúde e a vida. Seja a solidariedade apenas um instinto, seja ela normativa, jurídica, política e imposta pelo Estado, é essencial para que os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, sejam melhor compreendidos e melhores aplicados face as premissas constitucionais.

Em uma sequência, a questão do antagonismo entre os conceitos da reserva do possível e do mínimo existencial foi abordada de uma forma explicativa dos conceitos tradicionais e problematizando a questão frente a crise de solidariedade e discricionariedade judicial. Deduzindo-se que ainda que gozar de boa saúde seja um requisito indispensável para que os indivíduos usufruam de um mínimo de qualidade e de condições dignas de sobrevivência, o custo das prestações sociais é um fator que sempre precisa ser levado em consideração, principalmente porque uma efetiva concretização destas prestações jamais será possível sem que algum tipo de recurso venha a ser realocado.

Dentro do contexto da saúde, considerando a reserva do possível e a solidariedade constitucional, ainda que hajam recursos em abundância, o Estado não estaria obrigado a custear um medicamento ou um tratamento de saúde que venha a fugir do padrão solicitado pelos demais usuários do sistema de saúde, assim como, também não estaria obrigado a fornecê-los para quem não consiga comprovar a sua real necessidade ao recebimento de tal benefício. Do mesmo modo, mesmo que o argumento da escassez de recursos financeiros seja recorrente e legítimo, a sua mera alegação por parte do Poder Público não é o bastante, é necessário que se exerça a sua efetiva comprovação para que a reserva do possível não se transforme em uma mera desculpa para a inatividade dos poderes políticos da União.

Tendo em vista que a sociedade brasileira tem demonstrado uma postura cada vez mais individualista em relação aos direitos fundamentais, a responsabilidade, tanto do administrador, quanto do juiz é evidente a partir da constatação de que a efetivação do direito à saúde depende da alocação de recursos e que qualquer

excesso causado pela judicialização pode colocar em risco a continuidade e a evolução das políticas públicas.

Seguindo os pressupostos constitucionais, saúde coletiva e individual deve coexistir de forma harmônica, em prol da vida, do bem-estar e de uma redução progressiva das desigualdades. Para tanto, é necessário que os poderes políticos da União promovam políticas públicas, mas também, que o judiciário passe a obedecer a critérios mínimos nos julgamentos, para que haja uma justa realização do direito de todos à saúde.

Enquanto os poderes políticos da União forem omissos sobre a promoção de políticas públicas para tratar doenças que demandam um tratamento mais especializado, logicamente a judicialização se legitimará. Todavia, ainda que existam certas omissões o Judiciário jamais estará autorizado a decidir com base em fatores morais e/ou emocionais, cada situação judicializada deve ser analisada individualmente e adequada dentro das previsões legais e constitucionais, pois o ativismo não se justifica nem sob o argumento de defesa da saúde e da vida.

Certamente, a questão dos medicamentos e tratamentos experimentais de alto custo é a que mais gera confusão entre solidariedade e individualismo na saúde. Nesse sentido, a regulação do Estado é fundamental para um enfrentamento dos desafios econômicos e sociais, ao mesmo tempo, o Judiciário também possui um papel essencial para a garantia do equilíbrio entre individual e social, na medida em que, não é aceitável que qualquer promessa de solução para um problema de saúde seja considerado como um direito absoluto e dever do Estado.

Em nenhum momento se pretendeu defender um completo afastamento entre Judiciário e direito à saúde, tampouco, em condenar pacientes à morte, negando-lhes medicamentos e tratamentos por serem dispendiosos e experimentais. Apenas a questão financeira não é argumento quando se trata da efetivação de um direito fundamental inestimável, principalmente quando se sabe que muitas vezes os devidos repasses para a saúde não são feitos, por esta razão, a solidariedade é apontada como um argumento que precisa ser considerado dentro da análise de cada caso concreto judicializado. Num contexto de globalização, onde a tecnologia avança a cada dia, a judicialização da saúde para resolver impasses de regulamentação de medicamentos parece algo inevitável, todavia, o juiz deve estar

atento para não se deixar levar por motivações pessoais ou apelos midiáticos, sob pena de impulsionar a atual crise de solidariedade.

Ademais, no terceiro capítulo procurou-se apresentar a solidariedade jurídico normativa como um novo horizonte para a efetivação do direito social à saúde, dentro da questão da universalidade proposta pelo sistema da saúde brasileiro e por fim sendo utilizada como uma opção às teses tradicionais que habitualmente fundamentam tanto os pedidos quanto as decisões de ações judiciais sobre o direito à saúde.

Haja vista que o Sistema Único de Saúde, um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, não traz a solidariedade dentre os seus princípios constitutivos mas se propõe a assistir indiscriminadamente todos os cidadãos de forma universal e igualitária, pode-se perceber que a conjugação conjunta dos princípios formadores de tal sistema (universalização, equidade e integridade) pressupõem uma essência solidária do Sistema Único de Saúde, mesmo que ultimamente a universalização tenha preponderado face os demais princípios. Interpretar a universalidade de maneira conjunta com os demais princípios constitutivos pressupõe forçosamente a observância da solidariedade, pois os custos elevados da assistência de saúde, em diversas situações, não permitirão a oferta desta assistência para todos os cidadãos. Assim, universalizar a saúde de um indivíduo (quando distante dos padrões já estabelecidos em uma política pública), pode obstaculizar a universalidade da saúde de outros, por vezes tão, ou mais necessitados da assistência do Estado.

Em um contexto social como o brasileiro, onde as desigualdades sociais e econômicas são latentes, bem como, onde os direitos humanos foram constitucionalizados há apenas três décadas, a não observância de uma moderação à gratuidade das prestações de saúde acabaria por afrontar as expressas disposições constitucionais de redução das desigualdades e de justiça social. Diferenciar universalidade de gratuidade, assim como, fazer prevalecer políticas públicas focadas na saúde coletiva e preventiva é essencial para que a saúde possa ser efetivada com base nos pressupostos constitucionais. Compreender universalização, equidade e integralidade de forma adjacente à solidariedade jurídico-normativa mostrou-se como a melhor forma de proporcionar um equilíbrio entre os princípios estruturais do sistema de saúde brasileiro.

Embora o Judiciário não esteja impedido de atuar, em casos judiciais difíceis como a judicialização da saúde, sua atuação deve se manter baseada em princípios jurídicos e jamais em discricionariedades e juízos morais. O ideal, mostrou-se como um incentivo à solidariedade jurídico-normativa, bem como, um implemento da saúde universal e igualitária proposto pelos poderes políticos da União, sendo sempre observadas as premissas e princípios constitucionais e jamais permitindo-se que o individualismo prepondere sobre o social.

Para tanto, a conduta do julgador se apresentou como um dos fatores mais indispensáveis para potencializar solidariedade ou individualidade, visto que quando os fatores jurídicos são deixados de lado e fatores de natureza política se tornam predominantes nas fundamentações de decisões surge o impasse entre o verdadeiro direito e aquele que é criado pelas convicções pessoais do magistrado.

Constatando-se que apesar diversas decisões políticas, o Supremo Tribunal Federal, no tema da saúde, demonstra uma linha evolutiva de sua jurisprudência que passou do entendimento de que o direito à saúde era absoluto por ser uma consequência indissociável do direito à vida, para um reconhecimento de que os custos da saúde não devem ser desprezados e, atualmente, caminha em direção da necessidade de se estabelecer critérios a serem observados pelos demais magistrados nos casos de concessão judicial do direito à saúde. Restando demonstrado que os Tribunais superiores caminham em um sentido de interpretação da judicialização da saúde voltada para análise do caso concreto em conjunto com os princípios constitucionais, bem como, que atualmente, a maior discricionariedade na judicialização da saúde se dá nos juízos de primeiro grau que costuma deferir os pedidos, através de decisões liminares fundadas unicamente nas alegações do autor da demanda.

De fato, a grande maioria das decisões sobre judicialização da saúde são dominadas por duas premissas teóricas tradicionais, mas que se mostram excessivamente reducionistas e pragmáticas, sendo necessário que haja um diálogo diferenciado, que priorize as diversas peculiaridades, a evolução e o aprimoramento compreensivo deste direito social. Isto porque, um verdadeiro enfrentamento ao crescente volume de processos judiciais de saúde individual e curativa só se dará através de interpretações que mantenham coerência e equilíbrio entre os princípios fundamentais.

Por um lado, as ordens judiciais de pagamento e/ou bloqueio de valores acabam comprometendo uma parcela significativa do orçamento para atender demandas específicas e individualizadas, por outro, podem representar a única esperança para preservar ou prolongar a vida de certos pacientes. Assim, tais argumentações transmitem a ideia equivocada de que o juiz estaria limitado a decidir fundando-se em uma destas duas teorias já tradicionais (reserva do possível ou mínimo existencial). Todavia, tais premissas teóricas, embora inicialmente pareçam legítimas, em uma análise mais aprofundada acabam por contrariar a ordem constitucional democrática, na medida em que justificam uma interpretação reducionista do direito fundamental à saúde com base unicamente em razões econômicas, ou então, por permitir uma total e despreocupada individualização de um direito essencialmente comprometido com a justiça social.

Portanto, se pode constatar que no intuito de se ter uma verdadeira prestação jurisdicional da saúde o essencial é que o norte elementar da solidariedade jurídico-normativa seja sempre observado, em razão de que a exequibilidade das decisões de saúde é sempre limitada pela possibilidade de realização material das ordens judiciais.

Diante dos exemplos hipotéticos apresentados, se pode deduzir que a solidariedade jurídico-normativa aplicada à fundamentação dos julgados de direito à saúde alertam para a necessidade de tal princípio ser utilizado sob um aspecto de repartição das carências, não de forma a apenas justificar negativas generalizadas ao fornecimento de medicamentos de alto custo, mas considerando os limites materiais e judiciais, bem como a realização da igualdade na efetivação do direito postulado.

Por fim pode-se considerar que a hipótese apresentada no início desta pesquisa acabou se confirmando, visto que a característica reducionista das teses tradicionais da reserva do possível e do mínimo existencial, em conjunto com a tendência do Judiciário brasileiros a tomar decisões discricionárias, baseadas em juízos subjetivos e morais, afeta a efetivação do direito à saúde em simetria às premissas expressas pelo constituinte de 1988.

Diante de tal confirmação, restou à esta pesquisa, por se apresentar como um trabalho hermenêutico, desconstruir a problemática sobre a excessiva judicialização individual e curativa da saúde, para posteriormente construir uma proposta jurídico-

política às teses tradicionais, apta a desobjetificar a saúde pública. Para tanto, a solidariedade jurídico-normativa apresentou-se como uma teoria que ultrapassa o pragmatismo das decisões habituais e se mostra como capaz de desvelar novos horizontes de compreensão, evolução e aprimoramento do direito social à saúde, abrindo novas possibilidades de diálogo, bem como, vinculando política e juridicamente o Estado na realização das ideias constitucionais de uma sociedade que seja cada vez mais fraterna e comprometida com a redução das desigualdades sociais e econômicas.



## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. et al. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. **Revista de Direito Sanitário**. v. 15. n. 1. São Paulo: USP, p. 10-39, 2014.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima do orçamento?. *In*: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 79-100, 2013.

ASSAI, José Henrique Sousa. Teoria crítica e solidariedade: potencialidade normativa da ação social. **Aufklärung - Revista de Filosofia**. v. 3. n. 1. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, p. 159-176, 2016.

BAGGIO, Moacir Camargo. **Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade**: alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. v. 31. n. 66. Porto Alegre: PGE, p. 89-114, 2007.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. v. 05. n. 01. Rio de Janeiro: UERJ, p. 23-32, 2012a.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012b.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução: Magda Lopes. 1. ed. São Paulo: UNESP, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n.º 31**, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os

magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf). Acesso em: 26 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 16 jul. 1934.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Mesa da Assembleia Constituinte, 18 set. 1946.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidente da República, 10 nov. 1937.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 24 fev. 1891.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Mesas das Casas do Congresso Nacional, 24 jan. 1967.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 22 abr. 1824.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Principal. **Audiência Pública**: Judicialização do direito à saúde. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 05 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 05 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria**. Acórdão 1787/2017-TCU – Plenário. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=575330>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRUGNOLI, José Antonio Roman; SPROVERA, Maria Alejandra Energici; GONZÁLEZ, Sebastián Ignacio Ibarra. “Solidaridad en el debate global y local:

reflexión desde un análisis del caso chileno”. **Convergencia Revista de Ciencias Sociales**. n. 66. Toluca de Lerdo: UAEMex, p. 93-124, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da ‘constituição social’). *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al. (org.), **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 11-35, 2015.

CATÃO, Marconi do Ó. **Genealogia do direito à saúde**: uma reconstrução de saberes e práticas na modernidade. Ed. Kindle. Campina Grande: EDUEPB, 2011. *E-book*.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (org.), **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 109-170, 2015.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. (orgs.), **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, p. 181-200, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. Reform. São Paulo: Moderna, 2004.

\_\_\_\_\_. O Brasil rumo à sociedade justa. *In*: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. et al. **Educação em Direitos Humanos**: Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, p. 29-49, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**. v. 9. n. 3. São Paulo: USP, p. 09-34, 2009a.

\_\_\_\_\_. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. **Revista de Direito Sanitário**. v. 14. n. 1. São Paulo: USP, p. 77-81, 2013.

\_\_\_\_\_. Falas dos especialistas: Registro na Anvisa e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS. **Audiência Pública - Judicialização do direito à saúde**. Brasília: STF, p. 01-05, 04 mai. 2009b. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/SUELI\\_DALLARI.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/SUELI_DALLARI.pdf). Acesso: 09 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. O Sistema Único de Saúde. *In*: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. et al. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Tomo II: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 02-69, 2017.

DANELLI JUNIOR, César Augusto. O modelo alemão de Seguridade Social: evolução histórica a partir de Bismarck. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2, n. 14. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 485-520, 2013.

DEUTSCHER BUNDESTAG (PARLAMENTO FEDERAL ALEMÃO). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Extrato da Constituição Alemã** de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar). Tradução: Aachen Assis Mendonça. Rev. Bonn Urbano Carvelli. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011.

DUSSEL, Enrique. **20 teses sobre política**. Tradução: Rodrigo Rodrigues. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 2. tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **A verdade soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005a.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014b.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005b.

FERREIRA, Rafael Fonseca. **Internacionalização da Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução: Flávio Paulo Meuner. Revisão da tradução: Enio Paulo Gianchini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GIOVANELLA, Lúgia. **Solidariedade ou competição?** Políticas e sistema de atenção à saúde na Alemanha. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2001.

GONZÁLEZ, Jorge Iván. Salud y seguridad social: entre la solidaridad y la equidade. **Revista Gerencia y Políticas de Salud**. v. 1, n. 2, Bogotá: Pontificia Universidad Javeniana, p. 18-24, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Apresentação. *In*: Lenio Luiz Sreck. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 15-16, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). et al. **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**: Relatório de pesquisa. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

ITÁLIA. **Costituzione Della Repubblica Italiana**. Consiglio dei Ministri: Roma, 22 dic. 1947. Disponível em: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione\\_della\\_Repubblica\\_italiana\\_agg2014.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf). Acesso em: 31 mai. 2017.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**: quadros. 1. v. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *In*: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 237-254, 2013.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**. 41(1). São Paulo: USP, p. 101-107, 2007.

MASSAU, Guilherme Camargo. A perspectiva da solidariedade a ser considerada pelo direito. **Systemas**: Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas. v. 4, Campo Grande: CEPEJUS, p. 133-148, 2012.

\_\_\_\_\_. **A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade**: o cosmopolitismo na coisa pública. Tese (doutorado em Direito). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISSINOS, 2011, 378p.

\_\_\_\_\_. A solidariedade como princípio jurídico: o exemplo da união europeia em breves considerações. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões Sociojurídicas (URI). v. 13, São Paulo: FGV, p. 47-58, 2013.

\_\_\_\_\_. **O princípio republicano constituinte do mundo-da-vida do Estado constitucional cosmopolita.** Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederle. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência & Saúde Coletiva.** v. 18, n. 04, Rio de Janeiro: ABRASCO, p. 1089-1098, 2013.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Diario Oficial de la Federación: Ciudad de México, 5 feb. 1917. Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2017.

O'DONNELL, Guilherme. Democracia delegativa?. **Novos Estudos CEBRAP.** n. 31, Centro brasileiro de análise e planejamento, São Paulo: CEBRAP, p. 25-40, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). 10 dez. 1948

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde.** Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Nova Iorque, 22 jul. 1946.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (org.), **Direitos fundamentais sociais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 51-67, 2015.

ROSANVALLON. Pierre. **A crise do Estado providência.** Tradução: Isabel Maria St. Aubyn. 2. ed. Lisboa: Editorial Inquérito, 1984.

\_\_\_\_\_. **A nova questão social: repensando o Estado Providência.** Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Teotônio Vilela, 1998.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de iguales.** Tradução: Víctor Goldstein. 1. ed. digital. Ed. Kindle. Buenos Aires: Manantial, 2014. *E-book*.

\_\_\_\_\_. **Por uma história do político.** Tradução: Cristian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010.

SANTOS, Ivanaldo. Da gênese à crise do Estado de bem-estar. **Revista Cronos**. v. 5/6, n. 1/2. Natal: UFRN, p. 289-308, 2004/2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Falas dos especialistas: o acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao poder judiciário. **Audiência Pública - Judicialização do direito à saúde**. Brasília: STF, p. 01-13, 27 abr. 2009. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf). Acesso em: 09 jun. 2018.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista Gestão e Controle**. v. 01. Porto Velho: Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, p. 73-138, 2013a.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-50, 2013b.

SCHEFFER, Mário; LAZZARINI, Andrea; GROU, Karina Bozola. **O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Solidariedad como principio constitucional. Teoría y Realidad Constitucional*. n. 30. Madrid: UNED, p. 139-181, 2012.

SOUZA, André Portela Fernandes de. Políticas de Distribuição de Renda no Brasil e o Bolsa Família. *In*: Edmar Lisboa Bacha e Simon Schwartzman (org.), **Brasil: A Nova Agenda Social**. Rio de Janeiro: LTC, p. 166-186, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento - Casa do Direito, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos.** v. 08. n. 2. Itajaí: Editora da Univali. p. 257-301, maio/ago. 2003.

\_\_\_\_\_. **Lições de crítica hermenêutica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017b.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estudos sobre (neo)constitucionalismo.** São Leopoldo: Oikos, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In:* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 63-78, 2013.

ZEBULUM, José Carlos. Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário.** v. 06. Brasília: Fiocruz. p. 09-34, jan/mar. 2017.

ZOLL, Rainer. **O que é solidariedade hoje?** Tradução: Ulrich Dressel. Ijuí: Editora Ijuí, 2007.