



© **Cadernos de Derecho Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 314-330  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **O impacto da inovação das questões do Direito à saúde no Contexto Latino-Americano a partir dos modelos de Brasil e Argentina**

*The impact of innovation on the Right to Health issues in the Latin American Context based on the models of Brazil and Argentina*

**Lívia Dias Barros<sup>1</sup>**  
**Vanessa Alexandra de Melo Pedroso<sup>2</sup>**  
*Universidade Católica de Pernambuco*

**Sumário:** 1. As bases para a parametrização da atuação do Poder Judiciário na efetivação da saúde. 2. As raízes do fluxo de consolidação do Direito a Saúde no contexto do Brasil e da Argentina. 3. Conclusão. Referências.

**Resumo:** Nos últimos vinte anos têm ocorrido uma transformação crescente na atuação das Cortes Supremas na América Latina acerca das diversas reivindicações dos direitos humanos fundamentais, visto que o crescimento de tais demandas é maior do que em qualquer outra região. Assim, a judicialização do direito à saúde, especificamente no Brasil e Argentina, constitui o foco de estudo do presente artigo. O objetivo é analisar, a partir da identificação das características sistemáticas na judicialização do direito humano fundamental à saúde entre Brasil e Argentina, a necessidade de parametrização da atuação constitucional do Poder judiciário na resolução de tais demandas. O principal fator de dificuldade de análise do fenômeno da judicialização da saúde nestes países resume-se no fato que este fenômeno de

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Atualmente é Professora de Direito Administrativo e Mediação da Universidade Católica de Pernambuco e também é mediadora judicial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Coordenadora da Câmara de Mediação e Arbitragem da Unicap-TJPE.

<sup>2</sup> Pós-doutora pelo Programa de Pesquisa em Ciências sociais, Crianças e Adolescentes na América Latina da rede: PUC-São Paulo (BR) e Centro Latino Americano de Ciências Sociais (CLACSO). Doutora em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Diplomada em Estudos Avançados pela mesma Universidade e especialista em Relações Internacionais na era da Globalização pela Universidade Católica de Pernambuco (Brasil). Atualmente é Professora de Direito Penal da Universidade Católica de Pernambuco, onde, também, leciona, na condição de Professora Permanente, em seu Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) na linha Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos.

causa única, mas de origens variadas vão desde a negligência, falta de cobertura, negativa de tratamento/medicamento ou mesmo a tentativa de impor ao Estado a obrigação de fornecer tratamentos experimentais de alto custo sem garantia de segurança ou eficácia, mas de grande impacto orçamentário. O método de abordagem dedutivo e o método de procedimento comparativo foram utilizados como instrumento de uma técnica de documentação direta, mediante a pesquisa bibliográfica e documental, com as fontes correspondentes recebendo uma abordagem qualitativa.

**Palavras-chave:** Direito a Saúde. Judicialização. Parametrização.

**Abstract:** In the last twenty years, there has been a growing transformation in the performance of the Supreme Courts in Latin America regarding the various claims of fundamental human rights, since the growth of such demands is greater than in any other region. In this context, the judicialization of the right to health, specifically in Brazil and Argentina, is the focus of this article. The general objective is to analyze, from the identification of the systematic characteristics in the judicialization of the fundamental human right to health between Brazil and Argentina, the need for parameterization of the constitutional action of the Judiciary in the resolution of such demands. The main factor that makes it difficult to analyze the phenomenon of judicialization of health, whether in Argentina or Brazil, is that it is not a phenomenon with a single cause, but with varied origins ranging from negligence, lack of coverage, denial of treatment or medicine or even the attempt to impose on the State the obligation to provide high-cost experimental treatments without guarantee of safety or efficacy, but with a great budgetary impact. In this article, the deductive approach method and the comparative procedure method were adopted, developed with the use of a direct documentation technique, through bibliographical and documental research, with the corresponding sources receiving a qualitative approach.

**Key words:** Right to Health. Judicialization. Parameterization.

## **Introdução**

Nos últimos vinte anos têm ocorrido uma transformação crescente na atuação das Cortes Supremas na América Latina acerca das diversas reivindicações dos direitos humanos fundamentais, visto que o crescimento de tais demandas é maior do que em qualquer outra região.

Nesse contexto, a judicialização do direito à saúde, especificamente no Brasil e na Argentina, constitui o foco de estudo do presente trabalho. O objetivo geral é realizar, a partir da experiência comparada e da identificação das características sistemáticas, na judicialização do direito humano, fundamental à saúde entre Brasil e Argentina, a parametrização da atuação constitucional do Poder Judiciário na resolução de tais demandas, com atenção especial ao direcionamento da 1ª instância, onde tais questões, diariamente, são debatidas.

O principal fator de dificuldade de análise do fenômeno da judicialização da saúde, seja na Argentina ou no Brasil, é que não se trata de um fenômeno de causa única, mas de origens variadas que vão desde a negligência, falta de cobertura, negativa de tratamento ou medicamento ou mesmo a tentativa de impor ao Estado a obrigação de fornecer tratamentos experimentais de alto custo sem garantia de segurança ou eficácia, porém de grande impacto orçamentário.

A realização do Direito à Saúde não deve ser uma batalha travada nos Tribunais, mas a partir de um processo sistêmico, que envolva além do Poder Judiciário, todos os demais agentes e Poderes, a partir de um escopo técnico que estabeleça claramente os limites de atuação e cobertura, a otimização da relação médico-paciente, a implementação de um canal de comunicação entre os sistemas de saúde e o estabelecimento de protocolos baseados em evidências científicas.

Fundamentadas nisso, a partir da indicação de eventos prováveis (jamais absolutos), buscamos estabelecer um mecanismo de parametrização possível à atuação do Poder Judiciário em harmonia com os preceitos constitucionais, com fins a efetivação e não obstrução do direito humano e fundamental à saúde. Para tanto, optamos por utilizar os métodos provenientes do Direito Constitucional Comparado, aqui concebido, enquanto o ramo da Ciência Jurídica que busca estabelecer semelhanças e dessemelhanças entre diferentes sistemas jurídicos, mais especificamente no que se refere à jurisdição constitucional do direito à saúde, para, ao final, extrair conclusões, ampliando o conhecimento sobre tal fenômeno jurídico.

No presente caso, estaremos restritos à análise do parâmetro garantia versus violação do direito humano fundamental à saúde, realizada pelas cortes supremas do Brasil e da Argentina em que identificaremos parâmetros objetivos de como a inegável participação o papel do Poder Judiciário deverá ocorrer com fins à efetivação do direito e não como ferramenta de privilégio e/ou predominância do individual em detrimento do coletivo, ou seja, uma atuação que se distancie da aplicação inconstitucional do direito à saúde.

### **1. As bases para a parametrização da atuação do Poder Judiciário na efetivação da saúde.**

O Poder Judiciário possui três referenciais éticos determinantes: a licitude, situada no campo da moral, como o resultado de um juízo de valor cujo lastro são os paradigmas fundamentais de comportamento, produzidos no processo histórico-cultural do desenvolvimento de um grupo social; a legalidade como referencial ético relacionado ao Direito como um conjunto de leis de uma sociedade jus politicamente organizada; e a legitimidade, compreendida no domínio da política e, em razão disso, relacionada à vontade da sociedade, representada através da aceitação consensual pela sociedade de um comportamento, de uma decisão ou de uma ideia que, direta ou indiretamente, diga respeito ao direcionamento do grupo. A legitimidade, portanto, é caracterizada pelos interesses do grupo, aquilo que a sociedade almeja do poder<sup>3</sup>.

Nesse sentido, destaca-se o papel do consenso como técnica social imprescindível à dinâmica política (a legitimidade) com fins a obtenção de uma dinâmica jurídica (a legalidade), possibilitando o equilíbrio, evitando o clima de tensão e garantindo o respeito e o ajustamento dos valores que correspondem no sentimento coletivo, à aspiração de justiça.

Com clara inspiração na obra de Canotilho<sup>4</sup> ao qual afirmou que: "isso significa uma Constituição aberta a outros espaços, aberta a outras pessoas, aberta a outras normas, aberta a conflitos e consensos, aberta à sobreposição experiencial de consensos". Silva<sup>5</sup> esclareceu que:

O retorno a uma ideia de centralidade estatal-constitucional, ao invés de resolver os problemas de fluidez das soberanias, de dessacralização e dessubstancialização do Estado, de dificuldades de redução objetiva ao binário 'consenso e conflito' das sociedades democráticas, pode atrapalhar as aprendizagens inteligentes que cidadãos e povos estão experimentando, de forma crescente, a partir do último século. [...] A complexidade e as contingências da sociedade

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, D. de F. *Teoria do poder*: parte I. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992. p. 23.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2. ed. Almedina, Coimbra, 2008, p. 197.

<sup>5</sup> SILVA, C. O. P da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Tese de Doutorado. 274 f. Brasília, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. 2013. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013\\_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2019, p.67-68.

plural, assentada em diversos sistemas sociais e culturais, postula a reescritura permanente das regras constitucionais, levando-se em consideração as experiências e aprendizagens cotidianas. Não mais se apresenta útil ao novo momento histórico o recurso a integracionismos ético-sociais, a unitarismos políticos e à homogeneização dos cidadãos, de modo que as constituições passam a ser 'individualidades históricas que perpetuamente se renovam'.

A conclusão desse raciocínio é a de que sistemas jus políticos de alto consenso têm maior legitimidade e baixo nível de coerção, enquanto que, os de baixo consenso têm maior legalidade, mas necessitam de alto nível de coerção para funcionar. A legalidade contraposta à legitimidade indica que a norma jurídica, que é o referencial para apreciação ética do poder, deve cristalizar valores vigentes na sociedade.

É preciso pensar em democracia a partir dos critérios da dinamicidade, provisoriedade, alternatividade, concorrência e diversidade, ou seja, é chegado o tempo de pensar em uma teoria geral do Estado democrático enredada em tensões dialéticas. Desse modo, e tendo em consideração o último grande princípio da eticidade oriundo da cultura ocidental - o de que qualquer ser humano deve ser tratado com igual respeito e consideração -, deve-se ter em mente que a ideia básica legitimadora de um Estado Constitucional é a dignidade da pessoa humana.

O art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispunha que "toda a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição", que sob influência liberal do fim século XVIII e do ideal da limitação jurídica ao poder estatal, demonstra a intrínseca vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito, tornando-se, portanto, o núcleo material das primeiras Constituições escritas. Segundo Canotilho<sup>6</sup>, hoje já é possível afirmar que:

Só haverá direito constitucional com força normativa quando a sociedade possuir uma estrutura constitucional que se confronte com ela própria mediante formas institucionais apropriadas e processos regulados por normas de adaptação, resistência e autocorreção.

A complexidade e as contingências da sociedade plural, assentada em diversos sistemas sociais e culturais, postula a reescrita permanente das regras constitucionais, levando-se em consideração as experiências e aprendizagens cotidianas.

Na atual fase do constitucionalismo, o cidadão não só exerce direitos, cumpre deveres e goza de liberdades em relação ao Estado, mas também é titular, mesmo que de forma parcial, de uma função efetiva perante o poder público, de maneira que a participação da sociedade nas ações do poder público está diretamente ligada à legitimidade desse poder como expressão de seu referencial ético.

Com objetivo de facilitar a compreensão do caminho percorrido em busca da efetividade dos direitos humanos fundamentais, no que diz respeito ao aspecto dogmático e não ao histórico - institucional, elaboramos um breve inventário acerca da positividade dos direitos fundamentais<sup>7</sup>:

I. Modelo teórico da indiferença: a produção teórica original, predominante europeia, reflexo da orientação política libertária e liberal (a exemplo da Revolução Francesa de 1789), de viés jusnaturalista.

Esse modelo não considerava a necessidade de prestações estatais positivas para a efetivação de direitos públicos subjetiva, ou sobre a relevância do conteúdo econômico dos direitos individuais, de sorte que os direitos de liberdade, inerentes ao homem, eram vistos como anteriores e superiores ao Estado, de forma que este

<sup>6</sup> CANOTILHO, Op. Cit., p. 196.

<sup>7</sup> GALDINO, F. "O custo dos direitos". TORRES, R. L (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 192

apenas os declara, não havendo espaço para discutirem-se prestações estatais necessárias à efetivação.

II. Modelo teórico do reconhecimento: sob influência dos movimentos intelectuais de esquerda, ocorre o reconhecimento da juridicidade de determinadas situações subjetivas previstas na Constituição em favor dos indivíduos. Assim, há o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, como aqueles que necessitam de uma atuação positiva do Estado para sua efetivação, sem, contudo, haver a vinculação quanto à exigibilidade imediata de tais direitos.

III. Modelo teórico da utopia: a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, contudo, há o desprezo quanto ao custo da efetividade dos mesmos. Funda-se na premissa de que o *déficit* orçamentário público é uma imposição da necessidade da atuação governamental eficiente, em que não há limite às prestações públicas, que caracterizam o Estado Social ou o Bem-estar social. Conforme Galdino<sup>8</sup>:

Interessa salientar também, no plano conceitual, que os custos financeiros são vistos aqui como absolutamente externos ao conceito do direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização (*rectius*: efetivação). Em síntese: o conceito e a eficácia direitos subjetivos especificamente considerados (v.g. direito à educação) são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernente às possibilidades de reais de efetivação.

Neste momento, na medida em que não faltariam recursos, negava-se relevância, do ponto de vista prático, entre direitos positivos ou negativos, isto porque o país vivia sob um status político autoritário, acrescido da recepção tardia das ideias originais de Hans Kelsen, que resultou num positivismo exacerbado, em que as questões jurídicas reduziram-se à norma, em especial, à regra positivada.

A questão era saber se a norma previa ou não um determinado direito, e em que extensão. Os custos financeiros são vistos como absolutamente externos ao conceito do direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização.

IV. Modelo teórico da verificação da limitação dos recursos; o custo assume caráter fundamental, de tal sorte que, mantida a tipologia direitos positivos x direitos negativos, tem-se a efetividade dos direitos fundamentais sociais como sendo OS únicos dependentes da reserva do possível.

O argumento da chamada reserva do possível decorre da influência da jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal Germânico, a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a significar que os direitos sociais a prestações materiais dependem da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, no sentido, daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade<sup>9</sup>. O que desde logo, denota a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como diretrizes na definição das prestações que devem constituir o direito fundamental social.

No Brasil, existem alguns autores que fazem considerações sobre a expressão. Para o professor Scaff<sup>10</sup>, a reserva do possível se trata de um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais, que deve ser aplicado às escolhas econômicas particulares e de administradores públicos, e ressalta que:

<sup>8</sup> Idem *ibidem.*, p. 170.

<sup>9</sup> KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado"*, SAFE – Fabris, Porto Alegre, 2002, p. 153

<sup>10</sup> SCAFF, F. F. *Quem recebe as prestações sociais? ou processo orçamentário, reserva do possível e escolhas trágicas*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 1405.

É importante observar que esta expressão vem sendo bastante maltratada pela jurisprudência brasileira, que a hostiliza de maneira praticamente unânime, tudo indica que em virtude de sua má compreensão. Ela vem sendo entendida como se existisse um complô no seio da Administração Pública para esconder recursos públicos visando a não cumprir as determinações judiciais e a não implementar os direitos fundamentais sociais, sendo a reserva do possível uma tentativa de refúgio das ordens judiciais.

Por outro lado, em sentido oposto, o professor Sarlet<sup>11</sup>, ao discorrer sobre o assunto da "reserva do possível" como limite fático jurídico à efetivação judicial e política de direitos fundamentais, afirma que:

Resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar os impactos da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com ressalvas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Superando os paradigmas de *déficit* orçamentário necessário, o país foi conduzido à revisão das despesas públicas deficitárias, sustentando que as normas devessem limitar-se à receita do Estado.

Sob este prisma, a abstenção não significava dispêndio financeiro para o Estado, que resulta na ideia de que a proteção e a tutela dos direitos da liberdade ou, pelo menos, os de defesa não encontravam limites econômicos ou financeiros nas reservas. Segundo Sarlet<sup>12</sup>:

Justamente pelo fato dos direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Tal constatação pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada. Já os direitos de defesa - precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva - podem, em princípio, ser considerados despidos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdade, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.

Deste modo, tem-se que a reserva do possível funcionou, neste modelo teórico, como limite tão-somente em relação às prestações estatais positivas, configurando-se como impedimento à efetivação de tais direitos.

V. A superação dos modelos anteriores: tem-se superada a tradicional tipologia positivo x negativo dos direitos fundamentais, reconhecendo-se que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública para sua efetivação.

A Teoria da Reserva do Possível abrange pelo menos duas dimensões principais: uma dimensão fática, atrelada à noção de limitação dos recursos

---

<sup>11</sup> SARLET, I. W. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. 2. Livraria do Advogado, ed. Porto Alegre, 2013, p. 32.

<sup>12</sup> SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, p. 259.

materiais, normalmente equiparados pela doutrina aos recursos financeiros que o Estado pode despender, com implicação no princípio da separação dos Poderes; e uma dimensão jurídica, concernente à capacidade jurídica ou ao poder de disposição de que deve o titular ser o destinatário das obrigações impostas pelos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, no sentido de possuir competência suficiente para decidir sobre a alocação dos recursos existentes, que, no Brasil, decorre diretamente do princípio federativo<sup>13</sup>.

Embora a maior parte da doutrina entenda existir apenas a dimensão fática e jurídica da reserva do possível, Sarlet<sup>14</sup> enxerga uma terceira dimensão relativamente à razoabilidade da existência do direito social com foco no pretense titular da prestação. Significa questionar se o que se pretende é razoável ou mesmo realizável. Neste entender, não se deve obrigar o Estado a conceder um benefício assistencial ao pleiteante que não deva recebê-lo, por possuir, ele mesmo, condições econômicas para a sua própria satisfação. Ou seja, no caso do direito à saúde, defende a comprovação da hipossuficiência econômica do paciente que procura as vias judiciais para o cumprimento do direito à saúde através do Estado.

O tema é controverso na doutrina e na jurisprudência. Em sentido contrário, conforme apontada por Carvalho e Santos<sup>15</sup>, há a corrente que defende os direitos fundamentais, especificamente a saúde, enquanto norma de aplicabilidade imediata, de acesso universal e igualitário a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, e, que exigir contribuição específica para a prestação do serviço corresponde a uma verdadeira contradição, indo de encontro inclusive, com o espírito constitucional de 1988.

O Supremo Tribunal Federal passou por um processo de incorporação da expressão “reserva do possível” em suas decisões, apresentando a partir do ano de 2010 um crescimento significativo. Entre 2010 e 2015, 76% do total de acórdãos em que a expressão foi indexada pelo Tribunal, dos quais, mais de 50% estavam relacionados ao direito à saúde e o direito à educação<sup>16</sup>.

A ADPF nº 45<sup>17</sup> (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004) é considerada paradigma em relação à argumentação da reserva do possível, em que o Min. Celso de Mello aponta a obra *The Cost of Rights*, escrita pelos professores norte-americanos Holmes e Sunstein (1999) como referência para tratar da questão relativa à exigência de disponibilidade financeira na concretização de direitos, (seja daqueles que exigem conduta positiva, seja daqueles que exigem conduta negativa abstenção - do Poder Público).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende,

<sup>13</sup> SILVA, A. F. da. “Reserva do possível” no supremo tribunal federal: uma expressão enigmática? Monografia. 106f. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2016. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288\\_monografia\\_2016\\_AdrianoFerreira.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288_monografia_2016_AdrianoFerreira.pdf)>. Acesso em: 29 maio 2019.

<sup>14</sup> SARLET, Op. Cit., 2015, p. 262

<sup>15</sup> CARVALHO, G.; SANTOS, L. *SUS: Sistema Único de Saúde*. Unicamp, Campinas, 2006, p. 53.

<sup>16</sup> SILVA, Op. Cit., 2016.

<sup>17</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45, de 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política<sup>18</sup>.

A obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes* (O custo dos direitos: a liberdade depende de impostos), é a principal obra utilizada pelo direito brasileiro na defesa do desfazimento da distinção entre direitos negativos e direitos positivos, com largas referências quanto aos valores gastos pelos Estados Unidos na proteção de direitos tidos como negativos<sup>19</sup>.

Partindo da análise descritiva, observa-se que os direitos reconhecidos por determinado ordenamento jurídico possuem “dentes” (*rights in that sense have teeth*), correspondente à possibilidade de utilização dos remédios jurídicos previstos no ordenamento para a garantia dos direitos, estabelecendo-se, portanto, uma ligação indissolúvel entre o direito subjetivo e a opção jurídica prevista para sua garantia e efetivação.

O argumento da incapacidade fática do Estado de arcar com determinada despesa, não pode ser simplesmente alegada sem vínculo probatório, visto que, além dos países em que os níveis de pobreza são extremos, onde não se vislumbra capacidade contributiva, os Estados têm grande mobilidade no que se refere à capacidade de crédito e à possibilidade de aumento de receita, como o caso do Brasil, em que a capacidade contributiva não só existe como é significativa.

Antes de os finitos recursos do Estado se esgotar para os direitos humanos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e do detentor do poder. Neste sentido, será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo?

O reconhecimento quanto ao custo dos direitos permite trazer maior qualidade às escolhas públicas em relação aos direitos, trazendo maiores opções de escolha de onde e como gastar os recursos públicos, por vezes, escassos. O Banco Mundial publicou os resultados de um amplo estudo sobre o desempenho hospitalar brasileiro em que se concluiu que o setor de saúde gasta mal, desperdiça e é mal gerido. De uma escala de 0 a 1, o Brasil ficou com a nota de 0,34, sendo necessária uma reforma profunda no modelo atual de gestão<sup>20</sup>.

A falta de informações sistematizadas também é fato significativo de cuidado. No exemplo da saúde, o centro do sistema é o hospital e, apesar de ser a maior fonte de gastos, mas há pouca informação sobre aplicação desses recursos e o desempenho, tanto das políticas, quanto dos investimentos<sup>21</sup>.

Um aspecto crucial dessa problemática se encontra na ausência de reconhecimento do conteúdo político da política social, quer dizer, o que debater uma definição sobre qual é o lócus de “político” na construção de respostas à problemática social e à luta contra a pobreza e a exclusão. Esse desconhecimento da dimensão política concebe a solução da questão social como um exclusivo problema técnico de oferta de bens e serviços sociais a um grupo de “beneficiários”.

---

<sup>18</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45, de 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

<sup>19</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W. W. Norton, New York, 1999, p. 168

<sup>20</sup> PEREIRA, B. *Saúde no Brasil desperdiça e gasta mal, diz Banco Mundial*. Rio de Janeiro, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/Saude/08.6.EstudoLaForgiaHospitaisOSSs.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2019.

<sup>21</sup> GROU, K. B.; SALAZAR, A. L. *A defesa da saúde em juízo*. Verbatim, São Paulo, 2009, p. 204.



Os grupos “beneficiários” aparecem como entes passivos que devem ser objeto da política, o qual reduz em definitivo aos setores mais desprovidos da condição de meros receptáculos passivos dos programas sociais. De acordo com Cuadra<sup>22</sup>:

Se os recursos da política se eliminam na solução da problemática social e nos programas de superação da pobreza, a própria dimensão política, associada ao dito esforço, deixa de ter sentido. A solução do social passa a ser instrumental, uma questão de método, esvaziando-se em si mesma e depreciando seu caráter político. Em outras palavras, a questão social transformada no tema crucial leva o princípio da demanda mercantil à esfera pública, transforma-o em instância resolutive sob a forma consolidada de gerenciamento social e prática administrativa.

Tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos recursos públicos, não defendendo que a atividade jurídica decorra de uma máquina operada por economista, mas que a análise de custos e benefícios seja reconhecida para a atividade jurídica de tutela dos direitos.

As escolhas trágicas impostas pela escassez de recursos financeiros para a tutela de determinados direitos em detrimento de outros, salientam a valoração que uma sociedade atribui a tais ou quais direitos, sendo necessário, portanto, a revisão do conceito pragmático que considere os custos, mas, principalmente os resultados das políticas públicas. Nesse sentido, a informação se apresenta enquanto ferramenta indispensável à transformação social efetiva. Barcellos<sup>23</sup> enfoca que:

A informação é relevante, também, para estabelecer prioridades caso não seja possível atender a todas as demandas existentes no âmbito de determinada política, tendo em conta que, nos termos constitucionais, a definição de prioridades deve ser orientada pela redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). Ou seja: é preciso assegurar o atendimento das necessidades mais básicas para todos antes de avançar para níveis mais amplos de proteção, sob pena de ampliar ainda mais a desigualdade, ao invés de reduzi-la. Assim, por exemplo, localidades que têm educandos, mas não têm sequer escolas oferecendo educação infantil e fundamental, devem ser atendidas prioritariamente no âmbito das políticas públicas em matéria de educação. Já se pode perceber como apontado acima, que também as informações acerca do problema devem ser regionalizadas e desagregadas em função de elementos que tradicionalmente indicam desigualdade no país, já que determinados grupos ou áreas podem ter realidades bastante diversas em comparação com outras.

Nesse sentido, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Dias Toffoli, voltou a tratar da matéria em sessão extraordinária em 22 de maio de 2019, em que ressaltou a importância da parametrização da atuação do Poder Judiciário na efetivação da saúde ao afirmar: “É fundamental, portanto, que, sob os parâmetros dos compromissos assumidos e determinados pela Carta Constitucional, essa discussão seja realizada para termos a melhor orientação possível da atuação do Poder Judiciário”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> CUADRA, F. M. de la. *Os Desafios da Política Social na América Latina*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, v. 19, n. 64, p. 78-92, Jan./Jun. 2014, p. 85.

<sup>23</sup> BARCELLOS, A. P. de, et al. “Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, n. 2, p.251-265, 2018, p. 258.

<sup>24</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019a

Faz-se, portanto, premente o debate a respeito dessa nova fase dos Direitos humanos fundamentais. Ou seja, em consonância com o defendido por Barroso<sup>25</sup>, uma fase mais crítica e criteriosa, cuja reflexão pragmática incide sobre o que se pode ou não creditar à eficácia judicializável dos Direitos Sociais, ou seja, a “desmistificação” destes, sem a pretensão de encontrar todas as respostas predeterminadas para todos os casos existentes, mas com o objetivo de acrescentar elementos às decisões.

## **2. As raízes do fluxo de consolidação do Direito a Saúde no contexto do Brasil e da Argentina.**

As experiências de decisões de poder tomados no contexto dos Estados Constitucionais contemporâneos devem servir de pontos de diálogos interpretativos entre os países que se reconhecem como parceiros na construção de comunidades constitucionais interdependentes, ou seja, no contexto do modelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional cooperativo. Segundo Häberle<sup>26</sup>:

Por Estado cooperativo de direitos fundamentais entenda-se aquele vinculado objetivamente aos direitos fundamentais. Ou seja, o Estado em que a supremacia da Constituição e todas as relações entre as funções de Poder submetem-se à dogmática dos direitos fundamentais (é prudente continuar utilizando a expressão do conceito ‘humano fundamental’), associado àquele modelo político que se alimenta de redes de cooperação econômica, social, humanitária e antropológica, de forma que há necessidade de desenvolvimento de uma cultura e consciência de cooperação.

Este modelo implica que o exercício democrático do poder vincule-se irrestritamente aos direitos humanos fundamentais, ou seja, pressupõe hermenêutica comprometida com o dirigismo concretizador de tais direitos, em todos os âmbitos de atuação dos seus agentes, sejam eles políticos, públicos e também os quase públicos, ou seja, os particulares que exercem atividade de interesse social.

Na América Latina o crescimento de tais demandas é maior do que em qualquer outra região, configurando uma transformação crescente na atuação dos cortes constitucionais para a reivindicação de direitos humanos fundamentais. As ações em torno do direito a saúde ocupa lugar central contribuindo para a dos direitos sociais como direitos exigíveis. Segundo UNASUR:

*También dentro de esta dimensión tenemos la problemática de la judicialización de la salud, un fenómeno presente en todos nuestros países. La población es estimulada a entrar en la justicia para exigir sus derechos, o lo que considera que son sus derechos, principalmente en el área de la asistencia farmacéutica. Aquí, mientras tanto, se hace necesaria la diferenciación epistemológica entre derecho, necesidad y deseo. Si tenemos en la Constitución Nacional a la salud como un derecho y tenemos un sistema de salud estructurado para atender las necesidades de toda la población, por otro lado, hay mecanismos que crean deseos y estos deseos, muchas veces, son, desde el punto de vista científico, ético y de equidad, indefendibles. Pero los individuos buscan encontrar en la justicia una defensa para la garantía de ese deseo, no necesariamente un derecho o necesidad<sup>27</sup>.*

<sup>25</sup> BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 215

<sup>26</sup> HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 68-69.

<sup>27</sup> Também dentro dessa dimensão temos o problema da judicialização da saúde, um fenômeno presente em todos os nossos países. A população é incentivada a ir a tribunal para exigir os seus direitos, ou o que eles consideram ser os seus direitos, principalmente na área da

Constata-se que o princípio descentralizador na evolução dos sistemas públicos de saúde na América Latina, apesar de se institucionalizar de forma descoordenada e não planejada, sem medições preestabelecidas, vem se consolidando numa característica reformadora deste setor, com efeitos multilaterais.

O fenômeno da judicialização não se manifesta uniformemente em todos os países da América latina e vários são as razões analisadas em seção própria, a dizer: Regime jurídico vigente; possibilidade legal de se recorrer a Corte Suprema diante da violação dos seus direitos humanos ou direitos constitucionais, bem como o tratamento constitucional ao direito à saúde.

Na Argentina, o judiciário a atuar com papel decisivo nas estratégias políticas do país após a reforma constitucional de 1994 e o reconhecimento do funcionamento dos direitos sociais, econômicos e culturais contidos bloco de constitucionalidade<sup>28</sup>. No entanto, até o presente momento não possui um banco de dados transparente a respeito do gasto público no tocante ao cumprimento de decisões judiciais.

No Brasil, Entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, enquanto que, no mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu 50%. Os números refletem no orçamento do Ministério da Saúde, que registrou um crescimento, em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016<sup>29</sup>.

Segundo a Organização Mundial de saúde, no tocante a despesa nacional de saúde das administrações públicas (GGHE-D), em 2015 a Argentina investiu no setor o equivalente a 4,9% de seu PIB<sup>30</sup>, enquanto que o Brasil atingiu apenas 3,8% em que pese possuir um sistema universal de saúde pública<sup>31</sup>.

Diante deste cenário, avaliando os problemas de saúde ainda pendentes, o desenvolvimento e os desafios iminentes aqui descritos, percebe-se que, para aumentar o nível de efetividade do direito humano fundamental à saúde, é de fundamental prioridade a integração do Poder judiciário enquanto componente ativo, que influi na dinâmica do sistema de saúde e gera impactos financeiros concretos. Segundo Dal Moro et al<sup>32</sup>:

---

assistência farmacêutica. Aqui, entretanto, a diferenciação epistemológica entre direito, necessidade e desejo torna-se necessária. Se temos a saúde na Constituição Nacional como um direito e nós temos um sistema de saúde estruturado para atender às necessidades de toda a população, por outro lado, existem mecanismos que criam desejos e esses desejos são muitas vezes, do ponto de vista de visão científica, ética e eqüitativa, indefensável. Mas os indivíduos procuram encontrar na justiça uma defesa para a garantia desse desejo, não necessariamente um direito ou necessidade. (Tradução livre). UNASUR. *Sistemas de Salud en Suramérica: desafíos para la universalidad, la integralidad y la equidad*. Mar. 2012, p. 16. Disponível em: < <http://isags-unasur.org/publicacao/sistemas-de-salud-en-suramerica-desafios-para-la-universalidad-la-integralidad-y-la-equidad/>>. Acesso em: 14 maio 2019.

<sup>28</sup> SMULOVITZ, C. "Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina". In. *La judicialización de la política en América Latina*. compilado por SIEDER, R., SCHJOLDEN, L. y ANGELL, Alan. Universidad del Externado de Colombia, Colombia, Publicaciones de la Chata, 2011, p. 315

<sup>29</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório analítico propositivo: justiça pesquisa*. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, mar., 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2019.

<sup>30</sup> Aqui não são considerados os gastos totais em saúde. São considerados apenas os investimentos no setor público de saúde.

<sup>31</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Domestic general government health expenditure (GGHE-D) as percentage of gross domestic product (GDP) (%) Data by country*. Dez. 2017. Disponível em: <[http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDGGHEDGD\\_PSHA\\_2011?lang=en](http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDGGHEDGD_PSHA_2011?lang=en)>. Acesso em: 04 maio 2019.

<sup>32</sup> DAL-MORO, C. C., et al. "Judicialização da saúde: propostas de racionalização". *Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário*. Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-163, jan./mar., 2019, p. p. 135-136. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/505/583>>. Acesso em: 29 maio 2019.

O diálogo entre os atores sociais envolvidos na judicialização da saúde é uma recomendação frequente entre os autores e pode ser alcançado com diferentes arranjos, promovendo a capacitação mútua, a constante atualização e possíveis soluções compartilhadas e inovadoras. Assim, iniciativas locais que mobilizem os setores envolvidos como as instituições políticas, jurídicas, sociais e dos profissionais da saúde, são igualmente esperadas, visto que não existe uma única solução, mas a necessidade de um contínuo processo de integração entre esses setores.

No caso da Argentina, é relevante notar o papel do movimento de direitos humanos interpelado pela sociedade civil que mesmo durante a ditadura civil-militar foi fundamental para conquista do "derecho a tener derechos"<sup>33</sup>, de modo que, "con su enunciación pública de los derechos humanos ponía en escena la legitimidad de la sociedad civil como fuente de derechos"<sup>34</sup>.

Nesta conjuntura própria de recuperação democrática, soma-se a crise de legitimidade política das instituições formais e não formais ocorridas em 2001, a partir da qual, a Corte Suprema foi forçada a repensar suas bases de legitimação. Segundo Lorenzetti:

*El Poder Judicial ha sufrido los efectos de la crisis nacional del año 2001/2002, que agravó y puso en evidencia problemas preexistentes. Entre los años 2002 y 2006 hubo un período que puede denominarse de "Transición", que permitió administrar los efectos de la crisis y continuar brindando el servicio de justicia, lo que permitió evitar una debacle institucional [...] **el poder judicial debe mejorar su propia identidad frente a los otros poderes. Esto implica mejorar la integración de los jueces dentro del poder, la autarquía presupuestaria y la autogestión, así como la independencia personal e institucional [...]**Es importante entonces, trabajar sobre este tema: **Encauzando la litigiosidad innecesaria, Señalando lo que puede hacer el Poder Judicial y lo que deben hacer los otros poderes (por ejemplo, en materia de seguridad ciudadana y prevención de los delitos). Mostrando lo que hace el Poder Judicial en favor de los ciudadanos** (en lo que se refiere a jubilaciones, trabajo, alimentación, prestaciones de salud, ambiente, etc.) en conflictos o reclamos que se suscitan por omisiones o incumplimientos de los restantes poderes<sup>35</sup>.*

<sup>33</sup> Direito de ter direitos. (Tradução livre).

<sup>34</sup> Com a sua enunciação pública dos direitos humanos, encenou a legitimidade da sociedade civil como fonte de direitos. (Tradução livre). CETRANGOLO, O.; DEVOTO, F. *Organización de la salud en Argentina y equidad: una eflexión sobre las reformas de los años noventa e impacto de la crisis actual*. Toronto 2002. (Mimeo), p. 368.

<sup>35</sup>O Judiciário sofreu os efeitos da crise nacional do ano 2001/2002, que agravou e expôs problemas preexistentes. Entre 2002 e 2006, houve um período que pode ser chamado de "Transição", que permitiu gerir os efeitos da crise e continuar a prestar o serviço de justiça, o que permitiu evitar um colapso institucional [...] o Judiciário deve melhorar o seu próprio identidade na frente dos outros poderes. Isso implica melhorar a integração dos juizes dentro do poder, auto-suficiência orçamentária e autogestão, bem como a independência pessoal e institucional [...] É importante, então, trabalhar sobre esta questão: Buscar litígios desnecessários, apontando o que o Poder judicial e o que outros poderes devem fazer (por exemplo, em termos de segurança cidadã e prevenção ao crime). Mostrar o que o Judiciário faz em favor dos cidadãos (em termos de aposentadoria, trabalho, alimentação, benefícios de saúde, meio ambiente, etc.) em conflitos ou reivindicações decorrentes de omissões ou violações dos poderes restantes. (Tradução livre). LORENZETTI, R. L. Discurso: "Políticas de Estado para el Poder Judicial" en el marco de la II Conferencia Nacional de Jueces "Poder

Na Argentina, o judiciário se fortaleceu enquanto meio de proteção à efetivação de direitos após a reforma constitucional de 1994 e o reconhecimento do funcionamento dos direitos sociais, econômicos e culturais contidos no chamado "bloco de constitucionalidade", papel decisivo nas estratégias políticas do país. *"La transformación de estos problemas en demandas que invocan derechos muestra, por un lado, el intento de ampliar el alcance de los derechos a prácticas anteriormente no reguladas, y el intento de judicializar nuevas esferas de la vida social"*<sup>36</sup>.

O principal fator de dificuldade de análise do fenômeno da judicialização da saúde, seja na Argentina ou no Brasil, é que não se trata de um fenômeno de causa única, mas de origens variadas que vão desde a negligência, falta de cobertura, negativa de tratamento ou medicamento ou mesmo a tentativa de impor ao Estado a obrigação de fornecer tratamentos experimentais de alto custo sem garantia de segurança ou eficácia, mas de grande impacto orçamentário. Segundo Álvarez:

*Este recorrido permite observar cómo el fenómeno de la judicialización de la política en Latinoamérica, y concretamente en Argentina, se encuentra atravesado, conformado, por múltiples fuerzas e involucra estrategias y agenciamientos con localizaciones también múltiples. Aquello que habitualmente se ha denominado judicialización "desde abajo", "desde arriba", "desde afuera", señala tendencias polimorfas y, a veces, contradictorias que sin embargo remiten a una misma realidad... No pueden comprenderse sino como parte de un mismo proceso. Se trata de una composición de heterogéneos en la cual se expone un determinado diagrama de relaciones de poder.*<sup>37</sup>

A doutrina argentina, assim como a brasileira, divide opiniões em relação à análise desse fenômeno, entre os que defendem o desenvolvimento e fortalecimento da via judicial, enquanto meio de proteção dos direitos humanos fundamentais; E outros, ao qual nos filiamos que destacam a necessidade de parametrização da atuação do Poder judiciário por defender que o aumento exponencial de tais demandas, e, portanto, a utilização não planejada dos recursos públicos finitos, em médio prazo levou a uma aplicação (in) constitucional do direito à saúde por desembocar em um processo de desidratação do sistema público de saúde. Nesse sentido:

Mientras que en otro fallo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala /Juzgado K con fecha 13/05/2014 deniega tratamiento experimental con células madre (tratamiento denominado Ciclo de Terapia Med, de la Universidad Maimónides) a quien padece una discapacidad visual producto de un accidente. Justifica su fallo la Cámara teniendo en cuenta los informes brindados por entes oficiales y privados como el INCUCAI, la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos ANMAT, la Superintendencia de Servicios de Salud,

---

*Judicial, Independencia, gestión y servicio a la sociedad*". 2007, p. 1. Disponível em: <<https://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>>. Acesso em: 02 maio 2019.

<sup>36</sup> A transformação desses problemas em reivindicações que invocam direitos mostra, por um lado, a tentativa de ampliar o escopo de direitos a práticas antes desregulamentadas e a tentativa de judicializar novas esferas da vida social. (Tradução livre). SMULOVITZ, Op. Cit., p. 206.

<sup>37</sup> Este passeio nos permite observar como o fenômeno da judicialização da política na América Latina, e especificamente na Argentina, é atravessado, moldado por múltiplas forças e envolve estratégias e agências com múltiplos locais. O que tem sido chamado de judicialização "de baixo", "de cima", "de fora", aponta tendências polimorfas e às vezes contraditórias que, no entanto, se referem à mesma realidade [...] Elas não podem ser entendidas exceto como parte do mesmo processo. É uma composição heterogênea na qual um determinado diagrama de relações de poder é exposto. (Tradução livre). ÁLVAREZ, L. *Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina*. [s.a.], p. 10.

la Comisión Asesora en Medicina Regenerativa y Terapias Celulares (MYNCYT), y la Sociedad Argentina de Oftalmología; de los que se desprende que el tratamiento requerido por el accionante carece de evidencias científicas que lo respalden, encontrándose en una fase de investigación exploratoria temprana y que la Universidad citada no ha presentado para su aprobación por el INCUCAI ensayos clínicos vinculados a la utilización de células por lo que no cuenta con autorización para llevarlos a cabo. También que no es posible imponer a la obra social, OSDE Binario, la cobertura del tratamiento por no cumplimentar siquiera con la Disposición 840/95 que reglamenta el uso compasivo de medicamentos (MJ-JU-M-87473-AR/MJJ87473 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala/Juzgado: K 13/05/2014)<sup>38</sup>.

Ou seja, a judicialização das questões envolvendo a saúde traz efeitos colaterais significativos, inicialmente porque vai contra a justiça distributiva, visto que se trata de uma análise pontual, que desconsidera o aspecto coletivo, a dizer, trata-se da justiça do caso concreto e não observância de princípios gerais como igualdade e equidade<sup>39</sup>.

Os principais autores argentinos argumentam que o entendimento mais sutil da dinâmica do litígio sobre os direitos de saúde e suas consequências ajuda os profissionais (juízes, advogados, ativistas, políticos, gestores de recursos de saúde e médicos) a abordar o fenômeno de ensaios relacionados com a saúde, de modo a cultivar o seu potencial construtivo e minimizar os aspectos que são problemáticos do ponto de vista do direito da sociedade como um todo<sup>40</sup>.

### 3. Conclusão

O reconhecimento do Direito à Saúde não deve ser uma batalha travada nos Tribunais, mas a partir de um processo sistêmico, envolvendo todos os Poderes do Estado - inclusive o judiciário, com uma parametrização de sua atuação-, a partir de leis de embasamento técnico que estabeleçam claramente o escopo e limites de cobertura, otimizando a relação médico-paciente, implementando um canal de comunicação entre os sistemas de saúde, a partir do estabelecimento de protocolos baseados em evidências científicas.

O Estado tem o dever de garantir a todos o direito à saúde, aplicando na forma mais adequada os recursos existentes, o que significa buscar a conjugação das melhores técnicas, dos melhores custos e dos melhores resultados. A decisão sobre a conjugação destas variáveis é do Estado Administrador, mas o que fazer quando o

---

<sup>38</sup>Enquanto em outro Câmara Nacional no poder de Alçada, Lounge / K datado de 13/05/2014 Tribunal nega tratamento com células-tronco experimental (tratamento chamado terapia Ciclo Med, Universidade de Maimonides) que sofre uma deficiência visual produto de um acidente. Justificar a sua decisão da Câmara tendo em conta os relatórios fornecidos por entidades públicas e privadas, tais como INCUCAI, a Secretaria de Políticas, Regulação e Institutos ANMAT, a Superintendência de Serviços de Saúde Consultivo Comissão Medicina Regenerativa e Terapia Celular (CMGTC) e a Sociedade Argentina de Oftalmologia; do qual resulta que o tratamento exigido pelo autor, não existe evidência científica para apoiá-la, estando em uma fase de pesquisa exploratória inicial e da universidade disse que não submeteu à aprovação dos ensaios clínicos INCUCAI ligadas à utilização de células por isso não tem autorização para realizá-las. Também que não é. (Tradução livre). GARGARELLA, R. "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales: algunos argumentos de partida". In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN S. (edit.). *La lucha por los derechos de la salud ¿:Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 312.

<sup>39</sup> TOBAR, F. "Políticas de salud centradas en la familia y la comunidad". In: ARROYO, D. (org.). *Prioridad familias*. Buenos Aires. Fundación Konrad Adenauer. 2013. Disponível em: <<http://www.fsg.org.ar/20140805-tobar-Familias-y-salud.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

<sup>40</sup> YAMIN, A. E.; GLOPPEN S. (edit.). *La lucha por los derechos de la salud ¿:Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 510.

Estado se omite?

Partindo desta pergunta inicial, chega-se à necessidade de busca quanto dos fundamentos que dão ensejo ao Processo de Judicialização do direito à saúde. Afinal, supõe-se que quem bate às portas do judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento assim o faz porque o Estado nega-lhe prestação. Cinco hipóteses podem ser facilmente delineadas:

1) Casos em que há política pública determinada, mas que a mesma não é executada ou está sendo executada de maneira inadequada. São os casos em que são prescritos medicamentos que pertencem ao protocolo da política vigente, mas que demoram semanas para chegar ao paciente, ou sua distribuição ocorre de maneira diversa da prescrita pelo médico;

2) Casos em que há política pública determinada, mas que se apresenta de maneira ineficiente para aquele paciente específico, ou seja, o paciente não mostrou resultado com o tratamento previsto no protocolo por razões específicas de seu organismo;

3) Casos em que não há política pública definida;

4) Casos em que há política pública determinada, mas que o médico prescreve de imediato protocolo diverso do previsto, podendo haver substituto igualmente eficaz dentro do protocolo;

5) Casos que independentemente de haver ou não política pública definida, são prescritos tratamentos experimentais com medicamentos não registrados nas Agências de regulação ou com uso fora da bula (*off-label*).

Diante da constitucionalização do direito à saúde e sua universalização enquanto direito humano e fundamental de aplicabilidade imediata, conclui-se que nas hipóteses de 01 a 03, a atuação do poder judiciário é ferramenta imprescindível para a efetivação do direito à saúde, uma vez que resta clara a omissão do Poder Público na efetivação desse direito.

Em que pese toda a discussão acerca da intervenção jurisdicional nas políticas públicas de saúde, o fato é que o Judiciário exerce um papel fundamental na efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Embora os direitos sociais devam ser implementados por meio de políticas públicas, o controle jurisdicional tem a função de garantir que esses mesmos direitos sejam efetivamente cumpridos, nos casos de omissão ou mesmo de violação pelos poderes competentes.

Portanto, é necessário que o sistema jurídico garanta aos indivíduos o acesso ao serviço público de assistência farmacêutica ofertado pelo Estado e padronizado pela respectiva política pública ou, no caso da inexistência do serviço ou da política pública definida, que o governo garanta a assistência farmacêutica e determine a prestação do serviço, mediante tratamentos e medicamentos reconhecidos pela Agência de Regulação, ou seja, onde é possível comprovar a eficácia, segurança e qualidade farmacológica.

No entanto, nas hipóteses 04 e 05, a tutela jurisdicional não deve ser prestada apenas com base em uma prescrição médica, mas na avaliação técnica do caso, ponderando os aspectos jurídicos, sociais, institucionais, médicos e econômicos, sob o risco de servir como ferramenta de exclusão social e não de efetivação de direito.

Em razão da carga de complexidade que envolve a efetivação do direito à saúde e sua judicialização, é preciso analisar com clareza o papel de cada ator legitimado e suas respectivas responsabilidades para o conjunto da saúde individual e coletiva - sejam prescritores, gestores, legisladores, juízes, promotores, indústria farmacêutica, usuários etc., - objetivando definir meios seguros para chegarmos a uma sociedade efetivamente democrática, de acesso mais equitativo e não meramente justificada pelo cumprimento de preceitos legais.

A questão não é valorar a judicialização da saúde como boa ou ruim, visto trazer problemas, mas também ser necessária enquanto instrumento de garantia do Estado democrático de direito. No entanto, o fato é que o direito, com sua linguagem do legal/ilegal e sua tradição positivista, não é suficiente para concretização de um direito que é social e que tem sua dimensão política pungente.

Há necessidade de estreitar, com urgência, os canais de comunicação entre gestor e magistrado, seja deixando os que existem mais céleres, seja criando novos canais, sob pena de inviabilizar a gestão estratégica do sistema.

Acreditamos que o judiciário não deverá desconsiderar as políticas públicas sociais e econômicas devidamente formalizadas perante o direito, fundamentando suas decisões unicamente sob a afirmação do direito à saúde e à assistência farmacêutica como direitos integrais e universais dos cidadãos contida no arcabouço legal, sob o risco de comprometer todo o sistema de saúde e fugir ao objetivo da efetivação do exercício ao direito.

## Referências

- ÁLVAREZ, L. *Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina*. [s.a].
- BARCELLOS, A. P. de, et al. "Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.
- BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009.
- CANOTILHO, J. J. G. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2. ed. Almedina, Coimbra, 2008.
- CARVALHO, G.; SANTOS, L. *SUS: Sistema Único de Saúde*. Unicamp, Campinas, 2006.
- CETRANGOLO, O.; DEVOTO, F. *Organización de la salud en Argentina y equidad: una reflexión sobre las reformas de los años noventa e impacto de la crisis actual*. (Mimeo). Toronto 2002.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório analítico propositivo: justiça pesquisa*. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, mar., 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2019.
- CUADRA, F. M. de la. "Os Desafios da Política Social na América Latina". *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*. São Paulo. v. 19, n. 64, p. 78-92, Jan./Jun. 2014.
- DAL MORO, Célia Cristina, et al. "Judicialização da saúde: propostas de racionalização". *Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário*. Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-163, jan./mar., 2019. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/505/583>>. Acesso em: 29 maio 2019.
- GALDINO, F. "O custo dos direitos". In: TORRES, R. L. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- GARGARELLA, R. "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales: algunos argumentos de partida". In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. (edit.). *La lucha por los derechos de la salud ¿:Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.
- GROU, K. B.; SALAZAR, A. L.. *A defesa da saúde em juízo*. Verbatim, São Paulo, 2009.
- HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- HÄBERLE, P. "Elementos Teóricos de um Modelo General de Recepção Legislativa". In: LUÑO, Antonio Enrique Pérez (Coord.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milênio*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W. W. Norton, New York, 1999.
- KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. SAFE – Fabris, Porto Alegre, 2002.



- LORENZETTI, R. L. Discurso: "Políticas de Estado para el Poder Judicial" en el marco de la II Conferencia Nacional de Jueces "Poder Judicial, Independencia, gestión y servicio a la sociedad". Disponível em: <<https://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>>. Acesso em: 02 maio 2019.
- MOREIRA NETO, D. de F. *Teoria do poder: parte I.*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- PEREIRA, B. *Saúde no Brasil desperdiça e gasta mal, diz Banco Mundial*. Rio de Janeiro, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/Saude/08.6.EstudoLaForgiaHospitaisOSs.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2019.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- SARLET, I. W. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- SCAFF, F. F. *Quem recebe as prestações sociais? ou processo orçamentário, reserva do possível e escolhas trágicas*. Malheiros, São Paulo, 2013.
- SILVA, A. F. da. "Reserva do possível" no supremo tribunal federal: uma expressão enigmática? Monografia. 106f. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2016. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288\\_monografia\\_2016\\_AdrianoFerreira.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288_monografia_2016_AdrianoFerreira.pdf)>. Acesso em: 29 maio 2019.
- SILVA, C. O. Peter da. *Transjfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Tese de Doutorado. 274 f. Brasília, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. 2013. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013\\_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2019.
- SMULOVITZ, C. *Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina*. En *La judicialización de la política en América Latina*. compilado por Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. Universidad del Externado de Colombia, Publicaciones de la Chata, Colombia, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADFP 45, de 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- TOBAR, F. "Políticas de salud centradas en la familia y la comunidad". In: ARROYO, Daniel (org.). *Prioridad familias*. Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2013. Disponível em: <<http://www.fsg.org.ar/20140805-tobar-Familias-y-salud.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.
- UNASUR. *Sistemas de Salud en Suramérica: desafíos para la universalidad, la integralidad y la equidad*. Mar. 2012. Disponível em: <<http://isags-unasur.org/publicacao/sistemas-de-salud-en-suramerica-desafios-para-la-universalidad-la-integralidad-y-la-equidad/>>. Acesso em: 14 maio 2019.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Domestic general government health expenditure (GGHE-D) as percentage of gross domestic product (GDP) (%) Data by country*. Dez. 2017. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDGGHEDGD> PSHA 2011?lang=en>. Acesso em: 04 maio 2019.
- YAMIN, A. E.; GLOPPEN S. (edit.). *La lucha por los derechos de la salud ¿:Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.