



A JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE E A FRONTEIRA ENTRE O INDIVIDUAL E O COLETIVO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE SUSTENTÁVEL¹

THE LITIGATION IN HEALTH AND THE LIMITS BETWEEN THE INDIVIDUAL AND THE COLLECTIVE: CONSIDERATIONS ON SUSTAINABLE ACCESS TO THE SINGLE HEALTH SYSTEM

Júlio César de Souza

Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC/MG). Bacharel em Direito e especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Integrante do grupo de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA) CNPQ-BRA.

Magno Federici Gomes

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen.

Resumo

O presente estudo tem como finalidade abordar o acesso à saúde em seus aspectos políticos-orçamentários e jurídicos, utilizando como parâmetro o crescente aumento da judicialização no sistema único de saúde, sob o paradigma da dimensão jurídico política da sustentabilidade. Utilizou-se como norte metodológico o método dedutivo, por meio da técnica monográfica, com realização de revisão bibliográfica de artigos e obras doutrinárias nacionais e internacionais referentes ao tema. Da reflexão surgiu o entendimento que há de se pensar estratégias para um atendimento mais equânime de tais demandas, bem como instrumentalizar o judiciário com a finalidade de se prestar um atendimento judicial amparado tecnicamente na seara da saúde pública, primando também por novas abordagens no

¹ Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG nº 5236-15, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

enfrentamento desse quadro na busca de novos paradigmas que aliem a defesa de direitos consagrados no ordenamento jurídico com o equilíbrio orçamentário.

Palavras-chave: Direito. Judicialização. Saúde. SUS. Sustentabilidade.

Abstract

The purpose of this study is to approach access to health in its political, budgetary and legal aspects, using as a parameter the increasing judicialization in the single health system, under the paradigm of the juridical political dimension of sustainability. The deductive method was used as a methodological method using the monographic technique, with bibliographical review of articles and national and international doctrinal works related to the topic. From the reflection came the understanding that it is necessary to think of strategies for a more equitable response to these demands, as well as instrumentalize the judiciary with the purpose of providing a judicial assistance technically supported in the area of public health, also emphasizing new approaches in coping with this framework in the search for new paradigms that ally the defense of rights enshrined in the legal system with the budget balance.

Key-words: Law. Judicialization. Health. SUS. Sustainability.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática da judicialização se insere no centro de uma discussão ampla, relativa ao acesso às políticas públicas e justiça, unindo os ramos do direito e da saúde. Por judicialização da saúde, entende-se o fenômeno no qual as reivindicações e modos legítimos de busca por parte de cidadãos e instituições representativas são levados aos tribunais e, por consequência, colocadas *sub judice*.

Para materializar garantias e a promoção dos direitos de cidadania, amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais, são apresentadas aos juízos e tribunais inúmeras demandas relativas à área da saúde.

Propõe-se um estudo reflexivo a respeito do impacto causado pelas demandas levadas a juízo, sob o aspecto do acesso individual e a faceta coletiva do direito à saúde. Enfatiza-se a dicotomia existente entre a tutela dos direitos individuais e sociais, a concretização desses direitos à luz dos conceitos de justiça e equidade, e, por fim, os possíveis impactos do exercício desses direitos no acesso ao sistema público de saúde.

Neste estudo serão priorizados a) a ampliação do conseqüente influência na condução das políticas públicas de saúde e b) o reforço à assimetria existente entre o acesso e garantia da saúde como bem coletivo.

Surge como problema o questionamento: em que medida pode-se garantir o acesso individual ou de grupos específicos à saúde via judicialização sem acarretar prejuízos à coletividade, considerada como todas as pessoas as quais o Sistema Único de Saúde (SUS) deve atender?

O estudo possui uma abordagem qualitativa, natureza descritiva e exploratória. Para tal, utilizou-se como método o dedutivo, por meio da técnica monográfica, com realização de revisão bibliográfica de artigos, jurisprudência e obras doutrinárias nacionais e internacionais referentes ao tema.

A pesquisa teve como recorte temporal a produção doutrinária no período compreendido entre 2000 a 2017, utilizando como banco de dados para a busca: o Scielo, google acadêmico, os repositórios eletrônicos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). As palavras utilizadas com palavras-chave foram: “judicialização”, “reserva do possível”, “direito à saúde”, “mínimo existencial”, “políticas públicas em saúde”, “gestão do sistema único de saúde” e “direitos sociais”.

Como marco teórico foi utilizada a obra de Pepe *et al* (2010), que correlacionou o direito à saúde como direito social a ser promovido por políticas públicas e a necessidade de ser garantido o acesso universal e igualitário a ações e serviços de saúde.

A pesquisa objetiva analisar o acesso à saúde em seus aspectos políticos-orçamentários e jurídicos, utilizando como parâmetro o crescente aumento da judicialização no sistema único de saúde, sob o paradigma da dimensão jurídico-política da sustentabilidade.

O presente trabalho pretendeu, portanto, apresentar em seus capítulos, uma abordagem teórica de modo a contribuir para o debate sobre a judicialização da saúde no Brasil.

O artigo apresentará os aspectos iniciais sobre a judicialização da saúde no Brasil, tecendo considerações sobre o coletivo e o individual do direito à saúde. Após, trabalhará os limites entre o acesso e a ampliação das assimetrias existentes no SUS, bem como o direito à saúde em seu aspecto orçamentário e a solidariedade do

sistema. Por fim, estudará o aparente conflito de princípios e a aplicação da solidariedade consubstanciada na teoria de Alexy (2001, 2007).

2. ASPECTOS INICIAIS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Diniz *et al* (2012, 2014) ensinam que para compreender a judicialização da saúde deve-se entender esta enquanto uma questão ampla e heterogênea onde há reivindicação por bens de saúde, sejam eles: medicamentos, terapias, leitos, assistência em saúde, dentre outras demandas a serem protegidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, enquanto direito, tutelado como direito à saúde.

As Constituições do Brasil (anos 1890, 1934, 1937, 1946 e 1967) não abordaram a questão da saúde ou a contemplaram de maneira superficial como ações de natureza de assistência social, reflexo da concepção prévia do entendimento da saúde enquanto um gesto de caridade, solidariedade ou uma benesse do Estado².

Definir saúde e direito à saúde atualmente é tarefa complexa, frente a concepções tão gerais e amplas sobre tais conceitos, podendo, muitas das vezes por si só, representarem dificuldades adicionais relativas a concretude desse direito.

Tal expediente pode levar a definições diversas de modo a abarcar questões para além de um conceito biológico de saúde, tão materializado nos ramos das ciências atuais como a sociologia, a assistência social e a saúde coletiva.

De acordo com Czeresnia (2003), a ampliação da concepção do conceito de saúde para além da mera “ausência de doença” traz consigo um conjunto de novas interrogações:

[...] Apesar de configurar avanço inquestionável tanto no plano teórico quanto no campo das práticas, a conceituação positiva de saúde traz novo problema. Ao se considerar saúde em seu significado pleno, estáse lidando com algo tão amplo como a própria noção de vida. Promover a vida em suas múltiplas dimensões envolve, por um lado, ações do âmbito global de um Estado e, por outro, a singularidade e autonomia dos sujeitos, o que não pode ser atribuído à responsabilidade de uma área de conhecimento e práticas [...] (CZERESNIA, 2003, p. 46).

A concepção expressa nesse fragmento transmite a ideia conceitual de saúde como qualidade individual protegida pelo ordenamento jurídico, sendo necessária à auto-realização do ser enquanto integrante do meio social, titular de direitos e deveres.

² Nesse sentido: ASENSI, 2010, p. 15.

De outro modo, é possível delimitar a saúde enquanto direito pertencente à coletividade, embora possa ser reclamada em ações individuais em casos concretos no âmbito do Poder Judiciário. Em outras palavras, o reconhecimento do direito à saúde passa pela concepção de saúde-doença, sendo ampliado para abarcar a necessidade de alcançar esse estado de “saúde” garantido constitucionalmente, considerando inclusive, o papel do Estado nesse processo, enquanto portador do dever de garantir a materialização do direito à saúde.

A transformação da ideia de saúde enquanto um direito de todos, trouxe em seu bojo grandes avanços e novos desafios para a concretização dele. Têm-se ainda o estreitamento dos vínculos entre o conceito de saúde, direito, saúde coletiva, a permitir o pleiteamento individual de algo a ser também garantido coletivamente.

Na doutrina, há o entendimento de que as reivindicações de pessoas vivendo com HIV/AIDS “inauguraram” o fenômeno de processos judiciais individuais e de grupos específicos contra os entes federados com objetivo de obter do recém implementado sistema de saúde, os medicamentos e procedimentos médicos necessários à esta população. Claro estava que tais reivindicações encontraram acolhimento no direito universal à saúde. Nesse sentido, defendem Messeder, Osorio-de-Castro e Luiza (2005) e Pepe *et al* (2010).

O grupo foi efetivo em estabelecer uma face positiva de acesso à jurisdição e suas demandas tiveram duplo efeito: o beneficiamento daqueles reivindicantes e a mudança da lógica do sistema de saúde que tempos depois, passou a não apenas absorver tal demanda, mas também se afetou por ela, resultando na construção de políticas e programas internacionalmente reconhecidos como modelo de política pública a atender as demandas da população, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diferente de outros grupos observou-se um forte decréscimo dos pedidos judiciais ao final da década de 1990. Esse movimento é um exemplo positivo de um fenômeno que cooperou para a busca da efetividade objetivando o atendimento dessa população, onde a demanda pautou a adaptação do sistema de saúde (MESSEDER; OSORIO-DE-CASTRO; LUIZA, 2005 e VENTURA, 2010).

Sem embargo, ao se debruçar sobre a temática da judicialização da saúde, há também de se pensar em outro aspecto da questão, qual seja: em que medida pode-se garantir o acesso individual ou de grupos específicos à saúde via judicialização sem

acarretar prejuízos à coletividade, considerada como todas as pessoas as quais o Sistema Único de Saúde (SUS) deve atender.

Tal reflexão parece imperativa, haja vista as limitações concretas existentes, relativas, especialmente, ao financiamento da saúde pública no Brasil.

3. O ÂMBITO COLETIVO E INDIVIDUAL DO DIREITO À SAÚDE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

A litigância judicial crescente tem acarretado um aumento significativo nas despesas orçamentárias nas diversas esferas federativas e induzido gestores a repensar políticas públicas em saúde.

Grande parte das ações analisadas pelo Poder Judiciário são de natureza individual, até mesmo pela maior facilidade de deferimento da medida na forma de tutela individual. Tem-se, em tese, um menor impacto orçamentário, fato que não ocorre com as ações coletivas, onde figuram várias pessoas no polo ativo da ação e, portanto, o impacto no orçamento deverá ser maior (BRASIL, 2012).

Assim, como é notório, no universo das ações contra o Estado existe um predomínio daquelas de natureza individual, devendo ser estudados seus aspectos principais:

1. Abordando em que medida essa natureza individual deve prevalecer em face do coletivo;

2. Procedendo a uma análise se o interesse individual ou de grupos específicos marginalizados por políticas públicas, defendidos por meio dessas ações, estariam exigindo muito do Estado e fazendo com que se comprometam recursos para atendimento da população como um todo, inviabilizando as políticas públicas e o exercício do direito social à saúde em face das demais pessoas consideradas de forma difusa.

Para um melhor entendimento dessas questões, devem ser analisadas duas teorias que, sob o aspecto do sujeito da ação, se relacionam com o tema: a primeira teoria³ a ser aplicada aborda o direito à saúde como poder subjetivo e a segunda analisa esse direito como uma forma de justiça subjetiva, onde se deve buscar a realização de um bem jurídico coletivo, aqui entendido como saúde.

³ Barzotto (2005, p. 47-88) apresenta uma concepção do direito entendido como poder e justo subjetivo, de interessante aplicação para a temática direito à saúde, desenvolvida no estudo (Nota dos autores).

Ao ser adotada a primeira teoria utilizada para franquear o acesso judicial do usuário, seja ele individual ou um grupo de pessoas, o direito a saúde ganha contornos sob a forma de um poder subjetivo e isso significa que a questão do acesso à jurisdição se materializará de forma impositiva na vontade do titular do direito material subjetivo, através do exercício do direito de ação contra o Estado.

Desse modo, o que se almeja nesse contexto é a realização de uma vontade particular ou de um grupo, protegida sob a forma de um direito material subjetivo que prevalecerá de forma coativa contra o Estado, criando o dever de prestacionalizar o bem jurídico saúde, reivindicando-o, seja um tratamento demandado, terapia, medicamento, dentre outros.

Neste caso, o dever jurídico, como depreendido, será materializado independentemente do impacto futuro no âmbito orçamentário e nas políticas gerais de saúde, sendo essa questão e a possível escassez de recursos, inicialmente não levadas em consideração.

A relação jurídica se processa exigindo uma prestação negativa de terceiros de modo a não interferir na realização da satisfação do direito do sujeito, e, por outro lado, exige uma atuação positiva do Estado para promovê-lo.

Isso ocorre, pois a ideia aplicada para se interpretar um direito a saúde, nesse contexto individual, tem um viés voltado para a consecução do bem ínsito a esse aspecto, independente do impacto causado ante a materialização desse direito, via provimento judicial.

A transcrição dessa ideia poderia levar a crença de uma característica intrínseca e absoluta dessa faceta individual do direito à saúde em detrimento do aspecto difuso. Por outro lado, constitucionalmente em um Estado democrático, não é facultado ao indivíduo, na realização de seu bem individual, agir de maneira absoluta de forma a prejudicar a coletividade, devendo desse modo, sofrer restrições no plano objetivo do direito com fulcro na preservação do interesse coletivo manifestado, dentro da legalidade, na vontade do Estado.

São manifestações distintas de um mesmo direito e tal fato acontece porque a Constituição da República de 1988 (CR/1988) permite a demanda individual em juízo no caso do direito à saúde, mesmo destacando a natureza social desse direito, coexistindo em seu bojo essas duas facetas aparentemente conflitantes ao serem concretizadas.

A questão causadora desse aparente conflito é a falta de delimitação existente na práxis entre dois conceitos interligados: o conceito de saúde (detentor de características individuais), e do direito à saúde, esse um direito social e, por conseguinte, de titularidade ampla e sua faceta individual. Fato é que se não fosse o permissivo legal de tutela individual do direito a saúde, essa ausência de delimitação precisa tenderia a trazer confusão na aplicação prática desse direito.

Quanto à segunda teoria, nela está considerada a ideia de justo subjetivo, fundamentada na igualdade em contraposição a ideia de poder subjetivo⁴. Relativamente ao direito à saúde, seria assentir em um primeiro momento, a condição humana como causa fundante de direitos, sem a imposição de distinções de qualquer natureza. Em um segundo momento, reconhecer a necessidade desse direito ser compartilhado por toda a coletividade de pessoas em uma relação de igualdade.

O justo subjetivo nessa visão é concebido não como um poder individual frente à sociedade, e sim como um conceito delimitador do poder individual, onde o direito pode e deve ser exercido sem prejudicar a parcela do outro.

Essa concepção de justo subjetivo expressa na segunda teoria parece ser a que melhor promove uma conciliação entre o aspecto individual e coletivo, fornecendo um ponto de referência para a fundamentação da coexistência desses dois aspectos do direito à saúde.

A distinção pode existir entre essas duas formas de manifestação de um direito, mas com a adoção de um conceito de justiça elas se harmonizam e, por conseguinte, a restrição à auto-realização de um indivíduo nessas condições de justiça subjetiva não esvazia o conteúdo do direito positivamente manifestado e legalizado em um contexto histórico através de um debate democrático, mas o coloca em conformidade com a vontade coletiva e o bem geral.

Nessa ótica jurídica tendo como fundamento o justo, manifesta-se a posição mais acertada, onde o direito a saúde é apresentado como justo subjetivo, deferido a um ser em uma relação de igualdade para com os demais integrantes da coletividade em uma correlação entre o bem individual e o coletivo, entre o ser individual e a coletividade, baseada não na exclusão de um em face do outro, mas sim de simbiose onde ambos os aspectos, o individual e o coletivo, subsistam.

A coexistência de interesses materializados nessa questão pode ser implementada tendo em consideração não somente o aspecto do acesso à jurisdição,

⁴ Para aprofundamentos, ver: Barzotto (2005, p. 47-88).

devendo ser ampliada inclusive para o plano orçamentário, de modo que uma política pública de saúde nesse aspecto também reflita e viabilize o direito prestacional a saúde em sua faceta coletiva e individual.

Para isso, analisa-se em que medida essas ações individuais comprometem a atividade do Estado ao prestar atendimentos e/ou se elas promovem uma exposição das falhas da política de saúde, o que seria positivo ao promover um debate sobre uma readequação dessas políticas públicas.

Ainda, se tal perfil majoritário de judicialização contribui para a ampliação do acesso desses casos (individuais ou de grupos marginalizados) ou tem contribuído para reforçar as assimetrias de um sistema de saúde universal e, finalmente, quais os limites e possibilidades destes casos.

4. OS LIMITES ENTRE O ACESSO E A AMPLIAÇÃO DAS ASSIMETRIAS EXISTENTES NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Propõe-se aqui uma reflexão sobre o impacto do acesso sob dois aspectos: a ampliação dele e conseqüente influência na condução das políticas públicas de saúde, ou seja, sua face positiva e o reforço à assimetria existente sob o aspecto do acesso e garantia da saúde como bem coletivo.

Ao observar o quadro de atuação do SUS, relativamente à atividade prestacional de saúde com a finalidade de se atender os ditames constitucionais de promoção do direito a saúde, é possível estabelecer como premissa uma crescente judicialização desse direito, situação com reflexos constitucionais e orçamentários sob a perspectiva da gestão, acarretando um aumento significativo nas despesas das diversas esferas federativas. Tal perfil se encontra demonstrado no estudo realizado pela Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2012).

O fenômeno descrito parece ocorrer devido às infinitas necessidades da população, amparadas no mínimo existencial, quando se trata do exercício de um direito a saúde e por outro lado a sempre crescente escassez de recursos do Poder Público para o atendimento dessas necessidades.

Assim, o não atendimento as demandas gera em grande parte as ações judiciais, tendo como finalidade se preitear esses direitos garantidos no texto constitucional.

Essas ações judiciais se desenvolvem em dois eixos, o individual e o coletivo, ambos amparados pelo texto constitucional e leis infraconstitucionais. Contudo, o observado é que essas ações em sua maioria são de natureza individual, denotando uma litigância cujo objeto trata de situações particulares amparadas no direito à saúde (BRASIL, 2012; BARROSO, 2007).

Na essência, abordam situações particulares até mesmo pela maior facilidade de configuração do direito e propositura da ação, tendo também como parâmetro o fato de na maioria das vezes, as ações coletivas serem julgadas contrárias ao interesse da coletividade envolvida no polo ativo da ação.

O provimento contrário proferido em ações dessa natureza, aparentemente tem como fundamento a característica de cunho prestacional do direito a saúde. As decisões se baseiam, sobretudo, na denominada teoria da “reserva do possível”, a ser debatida oportunamente.

A reserva do possível pode ser entendida sob o aspecto da sustentabilidade e da dignidade da pessoa humana, sendo ampliada a teoria para além do viés orçamentário⁵. Em sentido equivalente:

Uma ampla concepção de desenvolvimento requer, obrigatoriamente, que o Estado esteja presente tanto na economia quanto na sociedade, integrado com os demais atores sociais para que seja possível alcançar os objetivos desenvolvimentistas. Assim, liberdade passa, então, a representar a capacidade crítica e consciente de o indivíduo existir na sociedade em relação à atividade institucional. Mais do que isso, a sustentabilidade requer, além de uma orientação individual e consciente, a firmação de responsabilidades objetivas e públicas, cujo sentido atinja à universalidade, enquanto processo integral de firmação de um contexto seguro e possível para as gerações futuras (ALMEIDA; ENGELMANN, 2010, p. 24).

Tal abordagem é necessária, pois traz em seu bojo a ideia de ser necessário para a consecução de um direito à saúde, no caso concreto, a análise da capacidade financeira do Estado para suportar o dever jurídico em prestar saúde.

O argumento da incapacidade financeira pode ser arguido como defesa pelos executores das políticas públicas estatais em saúde nos dois casos, sejam nas ações individuais ou coletivas, mas suportar um ônus financeiro é mais difícil nas situações das ações coletivas.

⁵ Sobre a sustentabilidade como direito fundamental e a materialização da dignidade da pessoa humana, interessante são as colocações de COELHO; MELLO, 2011, p. 09-24.

Por isso, o argumento da incapacidade fática é em algumas vezes acatado pelos órgãos jurisdicionais ao serem confrontados o grande número de pessoas beneficiadas com o provimento e a capacidade limitada do Estado em atender as demandas.

Em contraposição a essa construção jurisprudencial alemã sobre a reserva do possível⁶, utilizada na fundamentação das decisões e nas defesas dos gestores do SUS, é garantido no texto constitucional, sob o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial.

São duas ideias em aparente conflito que devem ser conciliadas, para que a efetividade do direito a saúde seja alcançada e a judicialização na saúde possa contribuir para a concretização de um SUS constitucional.

Na garantia do mínimo existencial tem-se de um lado, a defesa das utilidades necessárias à existência humana através de uma vida digna, tendo como parâmetro a interpretação extensiva dos direitos humanos garantidos na CR/1988 e nos tratados dos quais o Brasil é signatário.

Sobre esse ponto específico poderia surgir o questionamento do que seria necessário para atender a dignidade no sentido prático de cada ser, afinal, em tese, o que atende a uma pessoa pode não atender a outra, pois elas teriam necessidades desiguais em contextos desiguais.

Nessa situação, salienta-se que a Lei nº 8.080/1990 define esse mínimo ao determinar o atendimento integral as demandas da população. O sentido de integral, nos ditames da referida lei, pressupõe uma exegese no sentido de abarcar como entendimento todos os procedimentos testados e passíveis de atenderem aos usuários.

Diverge o conceito específico da Lei nº 8.080/1990 das outras conceituações existentes em doutrina de saúde coletiva apresentadas como balizadoras, ou até mesmo como sinônimo para a conceituação da complexa rede de atendimento, conforme expresso na nota técnica do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (NT CONASS nº 25/2011).

⁶ Para aprofundamentos, ver: CANOTILHO, 2004, p. 48, que expôs: 'rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica'.

O Capítulo III da referida nota, ao definir como será realizado o planejamento em saúde, traz um conceito diverso de integralidade e tem especificamente cinco artigos a tratarem do planejamento da saúde.

Nesse capítulo é fixado no art. 15 um entendimento aparentemente em contraposição ao fixado na lei de regência, ao delimitar que o planejamento será: ascendente e integrado do nível local até o federal; obrigatório para os entes públicos; indutor de políticas para a iniciativa privada e observará as diretrizes do Conselho Nacional de Saúde (CNS) na elaboração dos planos de saúde.

Contudo, a mesma nota técnica traz um conceito condizente com o preconizado pela Lei nº 8.080/1990 regulamentadora do SUS, ao trazer expresso que o acesso às ações e aos serviços de saúde deve ser promovido de maneira universal, igualitária e ordenada. Para garanti-lo caberão as seguintes atribuições aos entes federativos:

- [...] I - garantir a transparência, a integralidade e a equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde;
- II - orientar e ordenar os fluxos das ações e dos serviços de saúde;
- III - monitorar o acesso às ações e aos serviços de saúde; e
- IV - ofertar regionalmente as ações e os serviços de saúde [...] (BRASIL, 1990).

No caso concreto da demanda, tendo como perspectiva o usuário do SUS destinatário do sistema de saúde, o dispositivo da Lei nº 8.080/1990 é claro em seu art. 6º ao determinar:

- [...] Art. 6º da Lei nº 8.080/1990. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
- I - a execução de ações:
- [...]
- d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica [...] (BRASIL, 1990).

Compete, nesse aspecto, ao SUS cumprir as diretrizes fixadas pelo legislador ordinário de forma preventiva ao elaborar as políticas públicas em saúde ou administrativamente ao ser demandado, caso não cumpra o rol de ofertas oferecidas pelo protocolo do SUS.

Indo além, a exegese da lei abarca inclusive as ofertas existentes, desde que testadas e efetivas para atender a demanda do usuário, não constando no esopeque de terapias ofertadas pelo SUS, as terapias não testadas. O limite fixado é a necessidade

do usuário no caso concreto, devendo o SUS adequar suas ações nesse sentido, pois prossegue o legislador no art. 7º da Lei nº 8.080/1990:

[...] Art. 7º da Lei nº 8.080/1990. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

[...]

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema [...] (BRASIL, 1990).

O texto da Lei nº 8.080/1990 determina desse modo, dois comandos, sendo um o citado no art. 6º e o outro constante no art. 7º, todos fundamentados na CR/1988, e ainda os arts. 196 e seguintes, fixando diretrizes internas para a elaboração de políticas públicas a prever as demandas potenciais dos usuários.

Atuam esses comandos legais como os balizadores e delimitadores a nortear a discricionariedade do Poder Executivo na fixação, desenvolvimento e aplicação das políticas públicas e assim é, visando materializar nessas políticas a dignidade da pessoa humana, mandamento constitucionalmente garantido.

Lecionam Fachin e Pianovski (2008), ao abordarem o mínimo existencial, sobre a importância da aplicação prática do princípio da dignidade como imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, não sendo a inserção dele exercício retórico, sendo norma vinculante.

Desse modo se depreende a finalidade do SUS nesse cenário e ela é atuar de modo a prestar atendimento às diversas demandas, utilizando métodos razoáveis de atendimento e com terapias cientificamente comprovadas.

A limitação imposta pelo legislador é de ordem técnica no sentido de ser vedado ao SUS a aplicação de procedimentos e terapias de caráter experimental, sofrendo, portanto, aqui uma limitação técnica, relativa aos métodos e terapias.

Esse entendimento não afasta a ideia da possibilidade do Estado ser demandado em juízo, visando o cumprimento integral de um direito à saúde, mediante terapias e métodos cientificamente eficazes, mas não disponibilizados pelo SUS.

Assim, nas políticas públicas deve o SUS ao menos tentar antecipar essas demandas e isso é feito mediante planejamento e aplicação de políticas públicas, mas esse expediente não afasta a diretriz constitucional do art. 198 da CR/1998 e as disposições da Lei nº 8.080/1990 ao determinar o atendimento às demandas surgidas

posteriormente, desde que plausíveis e com métodos e procedimentos eficazes, mesmo não abarcados pelo SUS.

Fica patente, como a exemplificação que se segue, que esse exercício de direitos pelos destinatários do SUS não atendidos, imprime toda uma nova política de saúde. A demanda do usuário enseja nesses casos uma mudança de paradigma e a criação de uma nova política pública ou adequação de uma existente como no caso dos retrovirais ou da política de atendimento a usuário de drogas via sistema do Centro de Atendimento Psicossocial Álcool e Drogas (CAPS-AD).

Apresenta-se, neste momento, como contraponto doutrinário ao mínimo existencial, a já citada teoria da reserva do possível, de modo a realizar uma análise sob o aspecto fático. A interface existente entre o direito a saúde, sua concretude, o mínimo existencial e as limitações orçamentárias incidentes no plano material das políticas públicas em saúde.

A teoria na prática é a face financeira do contencioso administrativo e da judicialização das questões atinentes ao direito à saúde. Ela atua como uma salvaguarda do Estado, utilizada como uma forma de limitação aos direitos sociais, na medida em que contrapõe ao exercício desses direitos, a restrição orçamentária inviabilizadora presente em todos os orçamentos públicos dos diversos entes políticos.

No Brasil para parte da doutrina⁷, a reserva do possível se resume a entendimento orçamentário pautado por uma razoabilidade na pretensão, posição seguida por tribunais⁸ e, conseqüentemente, bastante aplicada no país.

O que é buscado no indeferimento de pedidos administrativos e judiciais, não é somente o vislumbre de uma capacidade jurídica de prestação, sendo essa imposta ao Estado por um dever jurídico, mas sim se o ente público possui a capacidade fática, orçamentária para tal, sem, contudo, deixar de prestar demais serviços essenciais de saúde a coletividade.

Aqui o observado acerca do direito a saúde pleiteado principalmente de forma individual, é a restrição fática e jurídica sofrida por ele, fundamentada na cláusula da reserva do possível. A restrição também é amparada no direito social dos demais em

⁷ Sarlet, Figueiredo (2008) e Pimenta (2012) trazem uma explanação bem esclarecedora sobre a posição dos tribunais brasileiros e a origem do debate em torno da reserva do possível. Para aprofundamentos, ver: PIMENTA, 2012, p. 07-20.

⁸ Nesse sentido, ver: ADPF 45/DF. EMENTA: ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). Informativo nº 345.

ter também seu acesso à saúde garantido frente ao exercício de um direito pleiteado individualmente em face do Estado.

Tal entendimento se aplica também para as ações impetradas por determinados grupos contra o SUS, visto que uma parcela específica não corresponde à totalidade da coletividade e que é detentora de direitos. Conforme destaca Barroso (2007):

[...]Talvez a crítica mais frequente seja a financeira, formulada sob a denominação de "reserva do possível". Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário imiscuir-se na política de administração pública [...] (BARROSO, 2007, p. 24).

Contudo, tal posicionamento tem encontrado resistência dentro e fora do país, sendo esse entendimento questionado por Sarlet (2003) e Oliveira *et al* (2015), para quem a questão orçamentária, em resumo, não pode ser óbice ao exercício de direitos sociais.

Com isso, a aplicação do conceito de reserva do possível pode ser mais amplo, adotando um entendimento não limitado à questão orçamentária.

A finalidade é atender ao usuário e caso isso não seja feito administrativamente, gerará a demanda em juízo para a consecução desse direito a saúde. Importante ressaltar esse aspecto, pois em grande parte as demandas judiciais poderiam ser evitadas, se a tomada de decisão dentro das políticas públicas para readequá-las ao caso concreto fossem capazes de atender de forma mais célere ao que necessita do SUS e o demanda administrativamente.

O que se percebe nesse contexto contencioso é o antagonismo entre o requerido pelo indivíduo frente ao Estado e a incapacidade financeira de atendimento desse ente em absorver as demandas.

A essa hipótese de restrição orçamentária a impor limites à atuação estatal, pode-se acrescentar a questão da razoabilidade da medida, materializada

doutrinariamente no posicionamento de Sarlet e Figueiredo (2008), ao abordarem a decisão alemã originadora no mundo jurídico da aplicação prática desse princípio:

[...] a decisão reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável [...] (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 255).

Tem-se, portanto, somado ao aspecto orçamentário outro elemento ponderador a delimitar a materialização do direito na esfera de eficácia, mas fato é a inexistência de convergência de interesses. Assim, a escassez de recursos em um primeiro momento inviabiliza o pleito.

Além disso, a razoabilidade é analisada tendo como parâmetro o pedido realizado frente ao Estado e essa pode fundamentar uma negativa no plano administrativo e/ou posteriormente jurídico no momento da decisão judicial e isso, frise-se, independente da questão de carência orçamentária.

Esse permissivo abre um precedente perigoso para além de uma simples limitação a direitos sociais, possibilitando uma subjetividade muito grande na aplicação, inclusive sob o prisma do julgador. Desse modo pode levar a uma extrapolação dos limites de restrição permitidos no texto constitucional para a limitação de direitos de natureza social, culminando com uma negativa.

A aplicação da razoabilidade assim como a interpretação restritiva de princípios quando o assunto é direito à saúde, deve ser realizada com a devida cautela, pois ao ser positivado na constituição e na Lei nº 8.080/1990 e após a superação da limitação da materialização por ser norma programática, discussão que não cabe ser debatida nesse estudo, a dignidade da pessoa humana se materializa como direito à saúde, deixando de ser uma norma de otimização e por isso passível de ser aplicado da melhor forma possível como definiu Alexy (2001), para assumir um aspecto positivado como direito constitucionalmente e infraconstitucionalmente garantido.

O desenvolvido no confronto individual *versus* coletivo é um contraponto entre interesses influenciado pela razoabilidade e ao julgador cabe a difícil tarefa de dirimir e declarar o direito da parte de forma menos subjetiva possível, nesse ambiente conflituoso, onde aparentemente causas fundantes válidas se confrontam.

Cabe ao intérprete do Direito em sua atuação, buscar o justo, o equilíbrio e contribuir para a concretização de um direito a saúde pacificando o meio social, sem interferir nas políticas públicas de responsabilidade do Poder Executivo, tarefa de extrema complexidade.

O julgado no caso concreto deve refletir a melhor solução a ser dada ao caso, a conciliar o direito pleiteado individualmente ou por algum grupo marginalizado e o interesse social, uma decisão de grande amplitude abarcando e considerando conceitos como o da reserva do possível e o mínimo existencial, mas acima de tudo a justiça concreta⁹.

É nesse ponto que a atividade jurisdicional atuará para dar concretude a um comando legal, tornando o SUS mais constitucional, aplicando a constituição e a lei ao caso concreto, nas situações de negativas do Poder Público em promover o atendimento ao usuário.

O esperado da atividade judicante é promover a aplicação da Lei nº 8.080/1990¹⁰ que determina a integralidade do atendimento, comando balizador impossível de ser restringido por meio de uma política pública ou através do poder regulamentar do Poder Executivo, mediante a edição de um Decreto regulamentar como o de nº 7.508/2011¹¹ encarregado de regulamentar a dita lei.

Na prática essa restrição ocorre com fundamento nas próprias políticas públicas de gestão e não cabe aos gestores delimitar o atendimento ao inserido na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), restringindo a integralidade preconizada na lei 8080/90 que é um direito do usuário.

Conforme conceituado na nota técnica do CONASS nº 25/2011, o RENASES:

[...] É a somatória de todas as ações e serviços de saúde que na data da publicação do Decreto são ofertados pelo SUS à população, por meio dos entes federados, de forma direta ou indireta, ou RENAME que compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do

⁹ Impende destacar no acesso a justiça a necessidade da razoável duração do procedimento, principalmente por ser tratar de bens de saúde pleiteados em Juízo. Nesse sentido: [...] “evidencia-se que a razoável duração do procedimento e a celeridade de sua tramitação são premissas inarredáveis no Estado Democrático de Direito por dois motivos, primeiro porque se trata de um direito fundamental de eficácia plena, instituído no bojo da Constituição da República de 1988 (CR/1988); segundo porque, para que o Estado possa alcançar a sustentabilidade, o desenvolvimento da dimensão jurídico-política se faz indispensável” [...]. (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 102).

¹⁰ Trata-se da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

¹¹ Ele Institui as Regiões de Saúde e regulamenta a Lei 8.080 e dá outras providências.

SUS que será acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional - FTN que subsidiará a prescrição, a dispensação e o uso dos seus medicamentos [...] (BRASIL, 2011 p. 8).

Logo, não pode ser mecanismos a cercear direito garantido constitucionalmente e sim serem parâmetros utilizados para evitar a duplicidade de atendimento ou a utilização de terapias não comprovadamente eficazes, mas jamais como a única forma de atendimento, excluindo as demais.

Além disso, não deve o usuário do atendimento no SUS esperar os prazos de repactuação das ações e modificações das listas de atendimentos para ter seu direito atendido sob pena de frustração do direito à saúde.

A referida nota técnica traz em seu texto outros aspectos relevantes a discussão relativos à divisão de responsabilidades a serem debatidos no decorrer do estudo.

No texto está expresso:

[...] Art. 23 do Decreto nº 7.508/2011. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pactuarão nas respectivas Comissões Intergestores as suas responsabilidades em relação ao rol de ações e serviços constantes da RENAME. Além disso, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar relações específicas e complementares de ações e serviços de saúde, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo seu financiamento[...] (BRASIL, 2011).

Ainda abordando a referida nota, cumpre transcrever outro ponto com importantes reflexos sobre o tema: "O Estado, o Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, e serão responsáveis pelo financiamento desses medicamentos" (BRASIL, 2011, p.9).

Essas citações são necessárias, pois levam a um ponto relacionado com a questão do impacto causado pelo deferimento ou não dessas ações judiciais, no sentido de possibilitar o acesso ou restringi-lo, na medida em que um deferimento judicial pode desorganizar o sistema ao ser atendido casos individuais.

Para a promoção desse debate, deve ser observado em que medida essas ações individuais comprometem a atividade do Estado ao prestar atendimentos e/ou se promovem uma exposição das falhas da política de saúde, o que seria positivo ao propiciar um estudo sobre a readequação dessas políticas públicas.

Ainda, importa verificar se tal perfil majoritário de judicialização contribui para a ampliação do acesso desses casos (individuais ou de grupos marginalizados) ou tem contribuído para reforçar as assimetrias de um sistema de saúde universal e, finalmente, quais os limites e possibilidades destes casos.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE EM SEU ASPECTO ORÇAMENTÁRIO E AS QUESTÕES RELATIVAS AO ACESSO: SOLIDARIEDADE

A questão do acesso, tendo como parâmetro a atividade estatal, deve ser analisada, primeiramente, em face do impacto do valor total dos gastos demandados via decisão judicial sobre a parcela do orçamento destinado por cada ente político para atender as demandas em saúde. Em segundo lugar, levando em consideração a relação existente entre esse valor e o montante previsto como receita e despesa, sendo todo o orçamento a base de análise.

O expediente é necessário, pois fundamentado nele, poderá inclusive o gestor verificar se o que está comprometido é a aplicação de recursos específicos em saúde representando uma das políticas públicas do órgão, ou se o atendimento a decisão judicial compromete toda a gestão orçamentária.

Ressalva nesse ponto há que ser feita quanto à capacidade do ente político em arcar com o custeio de suas diversas atividades ordinárias programadas na lei orçamentária anual (LOA), que variam muito de ente a ente, até mesmo em regiões mais desenvolvidas economicamente.

Essa discrepância é muito percebida nos Estados e Municípios de menor arrecadação onde os entes políticos, mesmo com repasses recebidos e receitas oriundas de fonte de custeio própria, podem ser incapazes de atender as demandas judiciais sem comprometimento de outras atividades essenciais.

Nessas situações seria possível que o deferimento de ações inviabilizasse o acesso ao invés de promovê-lo, mas relativamente a essa questão, a processualística e a jurisprudência pátrias prestaram um grande auxílio na efetivação do direito à saúde ao promoverem o instituto da solidariedade no polo passivo da ação, entre os entes demandados nas ações relativas a terapias em saúde.

O citado instituto da solidariedade tem com base a doutrina civilística, estando positivado nos arts. 264 e seguintes do Código Civil de 2002 (CC/2002)¹², nos quais é definido o conceito de solidariedade, notadamente a passiva nos arts. 275 e 276¹³. No âmbito constitucional, a solidariedade encontra sua fundamentação nos art. 196 da CR/1988, ao prever a responsabilidade conjunta dos vários entes federativos na materialização do direito a saúde.

Esse instituto permite a responsabilização conjunta das diversas esferas políticas com respaldo no citado artigo constitucional, viabilizando assim o acesso individual e coletivo e a manutenção das políticas gerais.

Contudo, tal entendimento vem sendo questionado, tendo como fundamento uma possível desorganização do complexo sistema de competências e gestão de políticas públicas do SUS, fato que levaria a um crescente desarranjo em suas várias esferas de gestão.

A ideia é que essa desorganização causada pelo provimento judicial, nas causas com solidariedade no polo passivo da demanda, causaria uma restrição ao acesso a serviços de saúde.

Nesse sentido é o entendimento desenvolvido por Barroso (2007) ao abordar sobre os malefícios da solidariedade no polo passivo das ações:

[...] O ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido. Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam[...] (BARROSO, 2007, p. 35).

¹² [...] Art. 264 do CC/2002. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda[...] (BRASIL, 2002).

¹³ [...] Art. 275 do CC/2002: O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

Art. 276: Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores [...] (BRASIL, 2002).

Com a devida vênia tal entendimento não deveria prosperar, ainda sendo louvável a preocupação com a organização política da gestão da saúde, pois ela não deve inviabilizar o exercício de direitos sociais materializados no texto constitucional.

Isso porque a repartição de atribuições entre os entes, previstas no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.080/1990, é apenas realizada para facilitar a gestão do SUS, melhorando a materialização desse dever jurídico de prestacionalizar saúde a população, não afastando a obrigação conjunta das várias esferas de poder, e isso se depreende da aplicação dos arts. 196, 197 e 198 da CR/1988 e dos arts. 2º e 7º incisos I, II, X e XIII, da Lei nº 8.080/1990. Nesse sentido, importante citar a decisão do STF no Agravo regimental no recurso extraordinário RE nº 755485/SC:

[...] EMENTA. Administrativo. Agravo regimental no recurso extraordinário. Direito à saúde. Dever do Estado. [...] 1. Incumbe ao Estado, em toda as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado nesta Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. 2. O Supremo Tribunal reconheceu a existência da repercussão geral das questões relativas à legitimidade ativa do Ministério Público e ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Aplicação do art. 543-B do CPC. 3. Agravo regimental não provido na parte relativa à ilegitimidade passiva da União e prejudicado no tocante às questões relativas à ilegitimidade ativa do Ministério Público e ao fornecimento de medicamentos de alto custo. (BRASIL, 2014).

Da análise dos julgados exsurge um entendimento no sentido da repartição de atribuições com a finalidade de proporcionar facilidade aos usuários do sistema de saúde. Assim, não pode o expediente de organização ser usado para frustrar um direito assegurado na CR/1988.

6. CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS E A APLICAÇÃO DA SOLIDARIEDADE CONSUBSTANCIADA NA TEORIA DE ALEXY

Tem-se, na situação apresentada, o confronto aparente de dois princípios constitucionalmente materializados e tutelados, sendo a organização do Estado a fundamentar a repartição de competências balizada no princípio federativo e, em contraposição, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentando o direito à vida e à saúde.

Essa é uma situação onde é possível a aplicação da teoria de Alexy, onde, tendo como base a ideia de princípios como regras de otimização, o aplicador da norma procederá também a uma interpretação da CR/1988, respeitando sua unidade.

O intérprete promoverá em face da colisão esboçada entre as normas, uma exegese que prime pelo sopesamento desses dois princípios para ser buscado qual deles deverá ser aplicado ao caso em questão.

A interpretação da CR/1988 feita sob o prisma da teoria de Alexy (2001; 2007) resolve o conflito aparente, afastando o princípio de menor importância para o caso concreto.

Nessa interpretação, aplicam-se as fases da ponderação da teoria do citado autor, em suma constituídas pela investigação e identificação de princípios, atribuição de pesos e importância e a decisão de prevalência de um em face do outro no caso concreto, estabelecendo a relação de precedência condicionada entre ambos.

Como a questão esboçada em primeiro plano está intrinsecamente ligada ao direito à vida e a saúde, consubstanciados na dignidade da pessoa humana, e a questão da organização do Estado coloca-se em segundo plano, nesse antagonismo, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, materializada no direito à saúde e à vida.

Não poderia ser de outra a forma, pois a criação do próprio Estado tem a finalidade de atender o ser humano em suas necessidades de segurança, vida, liberdade. Por isso, o Estado não é um fim em si mesmo e a teoria contratualista demonstra isso, na verdade, ele é o meio para que dentro da legalidade, o ser humano se realize plenamente, alcançando toda sua potencialidade.

Nesse ponto será fundamentada a aplicação da solidariedade como forma de ser promovido o direito à saúde, ampliando o acesso, em respeito à dignidade da pessoa humana, afastando a aplicação do princípio federativo fundamentador da organização do Estado.

Ressalva deve ser feita no sentido da aplicação do não retrocesso no caso concreto não significa impossibilidade de limitações a direitos de natureza social. Representa apenas ser necessário em respeito à supremacia do texto constitucional, a previsão expressa das limitações no próprio texto da CR/1988.

Por derradeiro, deve ser destacado que o buscado na defesa do direito a vida e à saúde é a máxima efetividade das normas constitucionais, notadamente na

preservação de direitos relativos à dignidade da pessoa humana como o direito à saúde.

No caso em comento, de insuficiência orçamentária, essa efetividade só será alcançada pela solidariedade no polo passivo e longe de ser restrito o acesso, esse instituto o promove ao possibilitar a responsabilização das várias esferas políticas na consecução do direito à saúde.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas sobre as dificuldades relacionadas com a judicialização no Brasil, trazendo a temática à impossibilidade de um consenso possível. Porém, estratégias têm sido implantadas a fim de reduzir tais demandas e/ou torná-las o mais próximo possível do que se pensa ser eficaz, tendo em vista as fronteiras, nem sempre tão claras, entre os direitos coletivos e os direitos individuais como, por exemplo, a aplicação da solidariedade na vertente de um instrumento apto a solucionar o problema do acesso a bens e serviços de saúde.

Nesse debate proposto não se espera o fim da judicialização, certamente não, pois essa simplificação conduziria a uma contrariedade à própria ideia de direito à saúde em um sistema constitucional que prima pela aplicação da inafastabilidade do acesso à jurisdição.

Demandas judiciais existirão em face de um sistema de saúde incapaz de atender as várias necessidades dos usuários e a finalidade de todo o aparato jurídico justamente é solucioná-las.

Nesse diapasão, o que cabe ser proposto como contribuição a temática desenvolvida por advogados, médicos, sanitaristas, especialistas e cidadãos, é o debate sobre o tema de modo a serem alcançadas soluções que visem conciliar os vários interesses contrapostos em busca da melhoria do sistema de saúde, primando pelo atendimento ao usuário final.

No estudo, não é proposta a defesa de um Poder Judiciário enquanto extremamente ativista para o deferimento de quem tem ou não direito a determinado pleito em saúde, pois, obviamente, o ideal seria que não houvessem limitações materiais para se atender as demandas de todos (coletiva e individualmente), mas sim buscar compreender a função jurisdicional como garantidora de direitos fundamentais, a partir da dimensão jurídico política da sustentabilidade.

A ideia foi realizar um estudo de modo a entender como é feito o acesso do usuário ao sistema e qual o papel do Poder judicial como facilitador desse acesso em uma sociedade, onde os recursos para atendimento das necessidades em saúde no SUS não são infinitos como as demandas.

Da reflexão surgiu o entendimento de que sobrevivendo a judicialização há de se pensar estratégias para um atendimento mais equânime de tais demandas e assim, instrumentalizar o Poder Judiciário, por exemplo, com apoio técnico do campo da saúde pública, fato que nas situações concretas em Juízo tem demonstrado ser uma considerável estratégia no enfrentamento desse quadro.

O estímulo à solução administrativa de modo a evitar as querelas em Juízo, também tem sido desenvolvido em diferentes Estados do país e sendo apresentado como alternativa a litigância contumaz. Na prática, pode representar um grande avanço na melhoria da resolução de problemas de acesso e resolução de conflitos.

Neste cenário, uma coisa é tida por certa: a judicialização é um fator dependente de inúmeros atores e obviamente estando em constante tensionamento.

Por um lado, é dado ao Estado a obrigatoriedade dele ofertar e garantir saúde a todos, como um direito fundamental, devendo ser implementado pela dimensão jurídico política do desenvolvimento sustentável. Por outro, a sociedade em suas demandas coletivas e individuais e, gravitando entre esses atores, têm-se inúmeros outros setores, como, por exemplo, a indústria farmacêutica, associações médicas, advogados e órgãos reguladores.

A saúde é, sem dúvida, um direito público subjetivo de todos, inserido na CR/1988. Contudo, tendo em vista os desafios de se atender a todos em suas particularidades, mas também coletivamente, é de se esperar que haja uma apropriação mais crítica e reflexiva do ora apresentado para estudo e aplicação, debates e entendimento.

O importante é que essa postura reflexiva possa permear o cotidiano dos embates judiciais, estimulando posturas cada vez mais comprometidas com a saúde pública e, sobretudo, com o direito à saúde de todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ALMEIDA, Ana Paula de; ENGELMANN, João Gilberto. Direito e sustentabilidade: perspectivas de uma geração livre e possível. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 11-25, jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/177/140>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Conjur**, 2007. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Cap. 2, p. 47-88.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Intervenção judicial na Saúde Pública**: panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais [relatório]. Brasília: Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa--o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Nota Técnica NT n. 25/11**: Decreto n. 7508/ 11 que regulamenta a Lei n. 8080/90. Brasília, 07 de jul. 2011. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/wp-content/uploads/2011/01/NT-25-_201_decreto_7508.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 jun. 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 29 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 set. 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. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 06 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. EMENTA: ADFP - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). **Informativo nº 345**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2845%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/joqepjo>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 755485/SC, Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 13 de out. 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25295055/agreg-no-recurso-extraordinario-re-755485-sc-stf/inteiro-teor-146492129?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 09-24, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/208/163>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CZERESNIA, Dina. O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, C. M. (Orgs.). **Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p. 39-53. Disponível em: <<http://www.fo.usp.br/wp-content/uploads/AOconceito.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina, A judicialização da saúde no Distrito Federal. **Brasil Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 19, núm. 2, p. 591-598, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/630/63030092027.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacarídeos. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, vol. 28, n. 3, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2012000300008&script=sci_abstract&lng=pt>. Acesso em: 12 dez. 2017.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, Rio de Janeiro: Padma, p. 01-24, jul./set., 2008. Disponível em: <<http://www.animaopet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista**

do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8864>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa, LUIZA, Vera Lúcia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, nº 2, p. 525-534, mar./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000200019>. Acesso em: 10 jun. 2017.

OLIVEIRA, Barbara Nazareth; GOMES, Carla de Marcelino; SANTOS, Rita Páscoa dos. **Direitos fundamentais em Timor-Leste**: teoria e prática Coimbra: Coimbra, 2015.

PEPE, Vera Lúcia Edais; *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência e Saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, nº 5, p. 2045-2414, ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 07-20, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496554>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

RIBEIRO, Patrícia Gomes. O direito à saúde e o princípio da reserva do possível. **Revista Eletrônica Jurídico-institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte**, Natal, v. 2, nº 2, maio/jun. 2011. Disponível em: <http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=16>. Acesso em: 10 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. 4. ed. **Revista de doutrina do TRF4**, 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 19 jun. 2017.

TRAVASSOS, Claudia; MARTINS, Mônica. Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, nº 2, p. 190-198, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000800014>. Acesso em: 28 dez. 2017.

Recebido em 28/12/2017
Aprovado em 01/03/2019
Received in 28/12/2017
Approved in 01/03/2019